

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

QUAND LE DROIT DEVIENT CULTURE :
LE DROIT TRADITIONNEL AU BÉNIN

MÉMOIRE
PRÉSENTÉ
COMME EXIGENCE PARTIELLE
DE LA MAÎTRISE EN DROIT INTERNATIONAL

PAR

SÉNA HÉLÈNE HOUNDJAHOUÉ LAHAYE

OCTOBRE 2013

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL
Service des bibliothèques

Avertissement

La diffusion de ce mémoire se fait dans le respect des droits de son auteur, qui a signé le formulaire *Autorisation de reproduire et de diffuser un travail de recherche de cycles supérieurs* (SDU-522 – Rév.01-2006). Cette autorisation stipule que «conformément à l'article 11 du Règlement no 8 des études de cycles supérieurs, [l'auteur] concède à l'Université du Québec à Montréal une licence non exclusive d'utilisation et de publication de la totalité ou d'une partie importante de [son] travail de recherche pour des fins pédagogiques et non commerciales. Plus précisément, [l'auteur] autorise l'Université du Québec à Montréal à reproduire, diffuser, prêter, distribuer ou vendre des copies de [son] travail de recherche à des fins non commerciales sur quelque support que ce soit, y compris l'Internet. Cette licence et cette autorisation n'entraînent pas une renonciation de [la] part [de l'auteur] à [ses] droits moraux ni à [ses] droits de propriété intellectuelle. Sauf entente contraire, [l'auteur] conserve la liberté de diffuser et de commercialiser ou non ce travail dont [il] possède un exemplaire.»

REMERCIEMENTS

Ce texte n'aurait jamais vu le jour sans la présence et l'immense patience de mon directeur, Pierre Bosset. Grâce à son appui, ses conseils et ses commentaires, il m'aura permis d'aller plus loin.

Ce travail doit presque autant à Hughes. Par nos discussions et nos débats, il me pousse constamment à penser différemment, à intégrer de nouvelles perspectives et à être originale.

Et finalement, Michel et Louise, parce que vous m'avez toujours inspiré et motivé. Francis et Claudia, parce qu'ensemble on est trois.

Merci à tous. Énormément.

Table des matières

LISTE DES ABRÉVIATIONS	v
RÉSUMÉ.....	vi
INTRODUCTION	1
CHAPITRE 1 : LE SYSTÈME JUDICIAIRE BÉNINOIS: DU DROIT TRADITIONNEL AUX EFFETS DE LA COLONISATION	4
1.1 Les droits originellement africains	4
1.1.1 La coutume	10
1.1.2 L'acculturation juridique.....	13
1.2 L'évolution du système judiciaire béninois	16
1.2.1 La colonisation du Bénin.....	17
1.2.2 L'action française en matière de justice.....	19
CHAPITRE 2: L'ACCÈS À LA JUSTICE.....	22
2.1 Trois paradigmes sur l'accès à la justice	22
2.1.1 La <i>Rule of Law Orthodoxy</i>	23
2.1.2 Le <i>Legal Empowerment</i> et l'accès à la justice	28
2.1.3 La microjustice	32
2.2 La problématique de l'accès à la justice au Bénin	37
2.2.1 Les raisons techniques: un système juridique inadapté	37
2.2.2 Les raisons sociologiques	43
2.2.3 Les raisons économiques.....	51
CHAPITRE 3: LES DROITS CULTURELS ET LE DROIT COMME EXPRESSION CULTURELLE	54
3.1 L'émergence des droits culturels dans la normativité juridique internationale	57

3.1.1 Instruments onusiens de portée générale	57
3.1.2 La protection des droits culturels dans le cadre institutionnel africain	63
3.1.3 L'activité normative de l'UNESCO	67
3.2 Le sous-développement des droits culturels.....	72
3.2.1 Le recensement des droits culturels et la clarification des responsabilités des États	77
3.2.2 Les droits culturels et la prise en compte de l'identité culturelle.....	81
3.3 Le droit comme expression culturelle	85
3.3.1 Le droit, élément du patrimoine immatériel	85
3.3.2 Impact pour les stratégies de développement et pour l'accès à la justice	93
CONCLUSION	101
BIBLIOGRAPHIE	105

LISTE DES ABRÉVIATIONS

ACDI : Agence canadienne de développement international

CEDEF : Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination envers les femmes

DUDH : Déclaration universelle des droits humains

FMI : Fond monétaire international

RDH : Rapport sur le développement humain

PAS : Plan d'ajustement structurel

PIDCP : Pacte international relatif aux droits civils et politiques

PIDESC : Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels

PNUD : Programme des Nations Unies pour le développement

UNESCO : Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture

RÉSUMÉ

La problématique de l'accès à la justice est habituellement liée aux questions de développement et de bonne gouvernance. L'effort pour améliorer l'accès se fait en encourageant l'État à entreprendre des réformes qui visent principalement à enrayer la corruption et à multiplier les infrastructures.

Cette recherche abordera les problèmes entravant l'accès à la justice sous un angle différent en tentant d'établir un lien avec la protection des droits culturels. Une étude de cas sur la situation prévalant au Bénin permettra d'aborder le sujet des droits traditionnellement africains et de leur évolution au contact des systèmes juridiques importés par les pays colonisateur. Le premier chapitre mettra donc en lumière la notion d'acculturation juridique et les différentes formes qu'elle peut prendre.

Le chapitre suivant analysera quel est le discours actuel sur l'accès à la justice et quelles sont les mesures prises pour remédier aux problèmes d'accès. La situation qui prévaut au Bénin sera présentée, grâce à un recensement des différentes raisons expliquant les entraves auxquelles font face les justiciables béninois.

Finalement, l'état actuel de la protection des droits culturels sera présenté suite à un rapide survol des instruments juridiques onusiens ayant une portée universelle, de l'édifice normatif africain et de l'effort de protection entrepris par l'UNESCO. L'approfondissement des développements récents notamment quant à la protection des patrimoines culturels immatériels et l'importance accordée aux identités culturelles permettra d'établir un lien entre le respect des droits humains et l'accès à la justice via la protection des droits culturels.

Le texte se terminera en évoquant de nouvelles pistes de recherches, notamment en lien avec le pluralisme juridique.

Mots-clés : Droits traditionnellement africains, coutume, acculturation juridique, accès à la justice, Bénin, droits culturels, identité, patrimoine immatériel, pluralisme juridique.

INTRODUCTION

La culture est un domaine bien étrange du droit international. Évoqués du bout des lèvres dans les instruments internationaux, perçus comme un sujet de moindre importance, les droits culturels ont longtemps occupé un espace périphérique par rapport aux autres droits humains. Pourtant, au même moment, la culture était au centre d'un débat doctrinal majeur dans le champ des droits humains. De nombreux articles et monographies furent ainsi publiés sur l'universalisme ou le relativisme culturel présumé des droits humains¹. Certains juristes firent de la nature culturelle des droits le centre de leur argumentaire alors que d'autres évitèrent presque complètement d'évoquer cette notion.²

Parler de l'adaptation du droit aux traditions et coutumes sans parler de culture est une tentative risquée qui mène nécessairement à une vision incomplète de la situation. Nous nous proposons d'opérer de manière inverse. Ce mémoire tentera plutôt de discuter d'une

¹ La littérature sur ce sujet est très étendue, on peut mentionner Jerome J. Shestack, "The Philosophic Foundations of Human Rights" (1998) 20:2 Hum. Rts. Q. 201; Guyora Binder, "Cultural Relativism and Cultural Imperialism in Human Rights Law" (1999) 5 Buff. Hum. Rts. L. Rev. 212.; Jane K. Cowan, Marie-Bénédicte Dembour et Richard A. Wilson, *Culture and Rights: Anthropological Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.; Eva Brems, *Human Rights: Universality and Diversity*, The Hague, Kluwer Law International, 2001.; Jack Donnelly, "The Relative Universality of Human Rights" (2007) 29:2 Hum. Rts. Q. 281.

² Voir par exemple Onuma Yasuaki, "Towards an Intercivilizational Approach to Human Rights. For Universalization of Human Rights through Overcoming of a Westcentric Notion of Human Rights" (1997) 7, Asian Y.B. Int'l L. 21. où la problématique est présentée du point de vue de la géopolitique. Heureusement, ce n'est pas le cas de toute la littérature sur le sujet. On peut notamment se référer à l'argumentation nuancée et détaillée de R. Panikkar, qui fait une large place à la notion de culture : R. Panikkar, "Is the Notion of Human Rights a Western Concept?" (1982) 30 Diogenes 75. On pourrait aussi citer Donnelly : « Here I simply want to stress that the cultural variability of human nature not only permits but requires significant allowance for crosscultural variations in human rights dans Jack Donnelly, "Cultural Relativism and Universal Human Rights" (1984) Hum. Rts. Q. 400, à la page 403.

problématique qui, a priori, ne semble pas avoir de lien particulier avec les droits culturels, pour démontrer la place centrale que ceux-ci, en fait, occupent dans l'édifice des droits humains.

L'accès à la justice est une problématique importante des études de développement et devrait faire l'objet d'autant d'attention de la part des juristes spécialisés en droits humains. Notre recherche se concentrera sur le Bénin, pays d'Afrique de l'Ouest, ayant subi la colonisation par la France. Celle-ci lui a légué une certaine conception du droit, qui est venue s'ajouter à celle déjà présente.

Notre question de recherche est la suivante : est-il possible d'établir un lien entre l'accès à la justice et le respect des droits culturels? Si cela est possible, un meilleur respect des seconds peut-il mener à une amélioration de la situation des justiciables lorsqu'ils ont des besoins de nature juridique?

Pour arriver à une conclusion, nous proposons un plan en trois parties. Premièrement, nous nous consacrerons à présenter les droits originellement africains et de quelle façon ils furent affectés par la colonisation. Si cette section se veut un peu plus générale, nous nous pencherons sur le cas du Bénin lorsqu'il sera temps de parler des actions des colonisateurs en matière de justice.

La seconde partie de notre recherche porte sur la problématique de l'accès à la justice. Celle-ci sera abordée à travers les concepts et valeurs dominantes à la base des trois paradigmes les plus importants et plus couramment utilisés par les agences de développement et organismes internationaux, soit la *Rule of Law* (longtemps la théorie dominante), puis les approches *Legal Empowerment* et accès à la justice (qui partagent de nombreux points en commun) et finalement la microjustice. La seconde partie permettra de comprendre la situation qui prévaut à l'heure actuelle au Bénin, grâce à une présentation des principales raisons empêchant les citoyens d'avoir un accès satisfaisant au système judiciaire.

Finalement, la troisième partie se veut la plus ambitieuse. Elle s'ouvrira sur une présentation de l'évolution de la notion de droits culturels dans la normativité juridique internationale. Une attention particulière sera portée à présenter les initiatives émanant du continent africain, ainsi que celles qui furent pilotées par l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, les sciences et la culture (UNESCO). Nous enchaînerons avec une présentation de la notion de l'identité pour faire ressortir l'importance de ce concept lorsqu'il est temps de comprendre ce que sont les droits culturels. Finalement, en nous référant à l'émergence de la notion de patrimoine immatériel, nous pourrons construire un lien entre les systèmes juridiques et les droits culturels, lien qui devrait pouvoir permettre la création de nouvelles initiatives dans le monde du développement lorsque vient le temps de s'attaquer au problème de l'accès à la justice. De plus, nous croyons que cette hypothèse est une avenue à explorer pour renforcer la place des droits culturels au sein de l'édifice des droits humains.

CHAPITRE 1

LE SYSTÈME JUDICIAIRE BÉNINOIS :

DU DROIT TRADITIONNEL AUX EFFETS DE LA COLONISATION

1.1 Les droits originellement africains

Pour comprendre le réel impact de la colonisation sur le système judiciaire béninois, il est important de débiter en cherchant à comprendre à quoi ressemblait le droit « originel » du Bénin. Les études sur les formes de droits existant avant la colonisation se butent à un obstacle majeur, soit l'oralité, qui teinte aussi notre compréhension de l'histoire des sociétés qui n'utilisaient pas l'écriture comme forme de communication et d'archivage de l'information. En effet, la majorité du droit africain traditionnel était orale et ne reposait sur aucune source écrite.³

Souvent appelés coutume, les droits originellement africains sont constitués d'une grande diversité d'ordres juridiques⁴. Cependant, on retrouve certaines caractéristiques particulières dans la plupart d'entre eux, ce qui permet de faire valoir le point d'une homogénéité propre à l'Afrique subsaharienne.⁵ Il semble que les législateurs coloniaux aient raisonné de cette façon lorsqu'est venu le temps d'encadrer le système judiciaire des colonies françaises. Dans aucun texte ils ne

³ Rodolfo Sacco. *Le droit africain : Anthropologie et droit positif*, Paris, Dalloz, 2009, à la p. 73.

⁴ Sacco, en parlant du Congo, avance qu'on aurait déjà compté « huit mille systèmes juridiques dans le pays ». *Ibid.*, à la p. 73.

⁵ André P. Robert, *L'évolution des coutumes de l'Ouest africain et la législation française*, Paris, Édition de l'Encyclopédie d'Outre-mer, 1955, à la p.12. C'est aussi une thèse soutenue par Sheik Anta Diop ainsi que d'autres auteurs plus contemporains. On trouve un exemple de cette thèse dans Kanji, Saliou et Fatou Camara, *L'union matrimoniale dans la tradition des peuples noirs*, Paris, L'Harmattan, 2000.

prennent le temps d'opérer une différenciation entre les coutumes des vastes territoires ainsi dirigés⁶. Nous aborderons cet aspect dans la seconde partie de ce chapitre.

Malgré les variations existantes dans les normes particulières des droits des peuples africains, il existe des caractéristiques qui permettent de mieux saisir en quoi ils représentent un ensemble assez homogène fonctionnant dans une logique qui lui est propre.

La première de ces caractéristiques repose sur le primat de la notion de fonction. Selon Michel Alliot : « Les Droits originellement africains ne connaissent pas des êtres appelés à remplir des fonctions : c'est la fonction qui détermine les êtres.⁷ » Cette position teinte de manière unique les droits africains, car la fonction détermine le statut des personnes et leur donne accès à certains droits, contrairement aux droits occidentaux où les individus sont détenteurs de « droits invariables pour chacun et identiques pour tous⁸ », et ce, tout au long de leur existence. La prépondérance du rôle joué par un individu au sein de la société ne s'applique pas seulement aux personnes, mais aussi aux choses et aux lieux. Des objets ayant une fonction particulière peuvent donc devenir des sujets de droit⁹, c'est notamment le cas des cadeaux offerts dans le cadre de la dot et des objets magiques. Les lieux et les ensembles humains sont aussi soumis à cette reconnaissance suivant leur fonction. Le lignage¹⁰ ne doit pas se comprendre comme étant une famille élargie, mais plutôt comme un outil de reproduction de la société, et c'est ainsi qu'il est traité. Dans les mots de Rouland : « [...] l'univers n'est pas un ensemble d'êtres, mais un ensemble de fonctions qui déterminent des êtres. »¹¹

En plus de déterminer le statut des individus, le primat de la fonction permet aussi de déterminer les rapports entre personnes. « Les Droits originellement africains ne connaissent

⁶ Robert, *ibid.*, à la p. 22.

⁷ Michel Alliot, « La coutume dans les droits originellement africains » (1985) 7:8 Bulletin de liaison du LAJP 79, à la p. 6.

⁸ *Ibid.*, à la p. 7

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Norbert Rouland, *Anthropologie juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 1988, à la page 191.

¹¹ Norbert Rouland, *Anthropologie juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 1990, à la p. 59.

pas plus de rapports d'êtres indépendants des fonctions. Déterminant les êtres, la fonction détermine donc le rapport entre les êtres.¹² » Par exemple, au sein de la communauté, l'homme et la femme occupent des rôles économiques et sociaux différents, ce qui ne peut pas leur donner accès à des droits identiques.¹³ Mais surtout, leurs rapports seront dictés par rapport à la fonction qu'ils occupent. On ne parle donc pas des rapports hommes/femmes, mais de celui entre le père et la mère, entre agriculteurs/trices et les chasseurs ou entre époux, par exemple. De la division sexuelle découle une des divisions fonctionnelles les plus importantes, mais ce n'est pas la seule¹⁴, existent entre autres les fonctions politique ou rituelle. L'exemple du lignage est encore ici intéressant pour comprendre cette notion. Sur les fonctions structurante et reproductive étaient basées les relations qu'entretenaient entre eux ces regroupements.

La seconde caractéristique des droits originellement africains repose sur le principe d'union des contraires. Pendant longtemps, les chercheurs se penchant sur les droits africains ne les étudiaient qu'en comparaison avec les droits occidentaux, sans tenter d'en comprendre la logique interne particulière. C'est cette attitude qui mena à la rédaction des coutumiers, recueils rédigés par des juristes coloniaux qui essayaient de mettre par écrit les coutumes. Si certains juristes précurseurs tentèrent d'inverser cette tendance¹⁵ il fallut toutefois attendre l'essor de l'anthropologie juridique pour que les droits africains commencent à être étudiés pour ce qu'ils sont, et non plus seulement par rapport aux droits occidentaux.

Le principe d'union des contraires tel que présenté par Alliot est primordial à la compréhension des droits africains. Dans la pensée occidentale, le monde ne devient cohérent et ordonné qu'au moment où celui-ci est soumis à des lois l'encadrant.¹⁶ Ces lois viennent généralement de l'extérieur, que ce soit Dieu, l'État ou la Nature.¹⁷ La pensée animiste procède de manière différente alors que c'est de l'intérieur que provient le mouvement

¹² Alliot, *supra* note 7, à la p. 11.

¹³ Camille Kuyu Mwissa, *À la recherche du droit africain du XX^e siècle*, Paris, Connaissances et savoirs, 2005, à la p. 86.

¹⁴ Alliot, *supra* note 7, à la p. 11.

¹⁵ On peut ici penser à Placide Tempels, *La philosophie bantoue*, Paris, Présence Africaine, 1959.

¹⁶ Alliot, *supra* note 7, à la p. 18.

¹⁷ *Ibid.*

amenant à la cohésion du groupe et du monde.¹⁸ Ce sont trois caractéristiques propres aux droits africains qui poussent Alliot à nommer l'union des contraires comme un trait commun important de ceux-ci. La première est la spontanéité du mouvement¹⁹. Le refus de l'imposition des normes par une force extérieure mène à la recherche de consensus et de solution à l'intérieur du groupe. Par ailleurs, cette vision mène nécessairement à une définition différente de ce qu'est le droit. La deuxième est la différenciation progressive²⁰. La différence et la diversité sont des richesses, elles permettent entre autres la cohésion d'une société où chacun des individus, différents, a besoin des autres pour survivre. Elle s'exprime aussi au niveau politique, où la présence de plusieurs chefs ayant des pouvoirs propres permet d'éviter le despotisme.²¹ La conjonction des différences représente la troisième caractéristique. La différenciation mène donc finalement à l'union. La cohésion est retrouvée grâce à la communautarisation, que ce soit par le mariage ou les liens de voisinage. De nombreuses institutions participent à cette conjonction, que ce soit le lignage, le village ou les confréries, les droits africains permettent à ce qui est différent de s'associer.²² Un village ne pourrait être peuplé que de paysans, la vie en communauté exige la différence, donc la présence de chasseurs, mais aussi de féticheurs et de guerriers.²³ C'est l'ensemble des différences qui forme le tout.

Dans un livre devenu une référence de l'anthropologie juridique, Norbert Rouland détaille les différences entre les droits modernes et traditionnels en quatre temps.

Premièrement, le rôle du temps²⁴ y est diamétralement opposé. L'Occident et le droit moderne ont leur regard tourné vers l'avenir, et le droit reflète cette position avec un parti pris évident pour le changement et l'évolution des normes. Le Canada offre un bel exemple

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Alliot, *supra* note 7, à la p. 19.

²⁰ Rouland, *supra* note 11, à la p. 57.

²¹ Alliot, *supra* note 7, à la p. 22.

²² *Ibid.*, à la p. 26.

²³ Geneviève Chrétien-Vernicos, « Les droits originellement africains » Cours d'histoire du Droit, Université Paris 8-Vincennes, en ligne : DHDI <<http://www.dhdi.free.fr/cours/histdroit/index.htm>> à la p.3.

²⁴ Rouland, *supra* note 10, à la p. 291.

avec la théorie de « l'arbre vivant »²⁵ permettant d'interpréter la Constitution de manière progressiste, en accord avec les mœurs et valeurs. Les coutumes africaines admettent elles aussi le changement (on ne le répètera jamais assez) mais le regard de ceux qui disent le droit ne se tourne pas vers l'avenir. Au contraire, on prend appui sur la tradition et le passé pour trouver des solutions aux problèmes du présent. « Le temps n'est donc pas créateur du droit (pas de prescription acquisitive); les groupes – permanents – sont plus valorisés que les individus – éphémères. »²⁶

Deuxièmement, la place accordée à l'individu n'est pas la même. Il ne faut pas tomber dans le manichéisme en associant automatiquement modernisme et individualisme d'un côté et traditionalisme et communautarisme de l'autre. L'État moderne peut lui aussi reconnaître les individus par leur appartenance à un groupe²⁷. Cependant, l'on doit constater que « les sociétés traditionnelles ne nient pas l'individu, mais le conçoivent principalement par rapport aux groupes dont il fait partie. »²⁸ Il faut garder en mémoire les idées de Alliot à propos de la fonction pour mieux comprendre la dynamique entre les groupes. En plus des divisions lignagères, on retrouve aussi des groupes basés sur la fonction des individus au sein de la société. Il n'est donc pas rare de voir des coutumes s'adressant en particulier aux femmes ou aux agriculteurs, par exemple.

Troisièmement, Rouland évoque brièvement la maîtrise du droit par l'homme²⁹. Le caractère négatif rattaché au concept même du droit explique en partie le peu de place qui lui est accordé. Le droit étant confiné à un rôle plutôt restreint, il n'est pas nécessaire de mettre

²⁵ « L'Acte de l'Amérique britannique du Nord a planté au Canada un arbre capable de grandir et de grossir dans ses limites naturelles. » *Edwards v. Le procureur général du Canada* (1930) A.C. 124.

²⁶ Rouland, *supra* note 10, à la p. 291.

²⁷ Les pays ayant connu un État socialiste en ont fait l'expérience avec les syndicats. C'est aussi le cas de certains États fédéraux, où des droits peuvent être reconnus à des groupes ethniques et culturels. Pour un exemple nous suggérons la lecture de Hughes Brisson, « Résistances contre le discours dominant sur les drogues : usages thérapeutiques et religieux de l'Ayahuasca dans le monde globalisé » (2012) Hors-série novembre 2012 *Revue québécoise de droit international* 43. À travers l'exemple d'un rituel autant médicinal que spirituel ou religieux, l'auteur démontre le traitement différencié auxquels peuvent parfois prétendre des groupes spécifiques.

²⁸ Rouland, *supra* note 10, à la p. 292.

²⁹ *Ibid.*

en place des mécanismes permettant de raffiner sa pratique. Le droit moderne jouit quant à lui d'une place prépondérante dans nos sociétés. Le juridique touchant à tous les domaines de notre vie (famille, travail, loisir³⁰ et autre.) il est donc normal qu'il se soit complexifié par la création d'instruments et de procédures.

Finalement, la dernière différence entre les valeurs des deux systèmes juridiques tient aux absolus de la loi. Nous aborderons cet aspect plus en détail lorsque nous évoquerons les éléments sur lesquels est basée la légitimité de la coutume en Afrique. Pour le moment, il faut comprendre que pour les sociétés traditionnelles « c'est à travers le mythe et ses répétitions rituelles qu'est vécue l'adhésion à l'ordre du monde. »³¹ L'un des mythes les plus importants, et qui structure le plus clairement les sociétés africaines, est celui de la formation du clan, ou de la famille. Le droit moderne a lui aussi ses absolus, qui sont les objectifs que la société veut bien lui donner. Droit-projet, il permet la réalisation de buts précis. Alliot décrit les trois absolus du droit. La loi elle-même peut être l'absolu³², elle est alors assimilée à un ordre plus grand, celui de l'univers, comme c'était le cas dans l'Égypte des pharaons. La loi de Maat³³ devait être respectée pour garantir l'ordre universel. Loi du monde, mais aussi loi du pharaon, figure divine ayant la responsabilité d'assurer son respect, la loi de Maat est l'absolu du droit égyptien. L'absolu peut aussi se trouver dans la nature et les droits grecs et romains en sont des exemples. C'est un droit qui est vu comme étant supérieur « parce qu'il reflète la nature ou la raison. »³⁴ Le troisième absolu de la loi est celui de l'idéologie. Plusieurs sociétés occidentales actuelles adhèrent à cette conception, celle du droit comme projet. Le système juridique et l'organisation judiciaire sont alors modelés en fonction d'idéologie et de valeur, celles-ci deviennent les absolus.

³⁰ Il n'y a qu'à penser au grand nombre d'émissions de télévision mettant en scène l'appareil judiciaire qui sont autant dans le registre de la fiction (Ally McBeal et Law and Order) que du réel (Judge Judy et L'arbitre).

³¹ Rouland, *supra* note 10, à la p. 292.

³² Michel Alliot, « Ethnologique juridique » dans Jean Poirier dir., *Ethnologie générale*, Paris, Gallimard, 1968, à la p. 1184.

³³ Jan Assmann. *Maât, l'Égypte pharaonique et l'idée de justice sociale*, Paris, Julliard, 1989, à la p. 68.

³⁴ Alliot, *supra* note 32, à la p. 1185.

1.1.1 La coutume

Les caractéristiques des droits traditionnels relevées par Rouland et Alliot nous permettent maintenant de mieux saisir le concept de coutume, dont il existe de nombreuses définitions. Toutefois, Michel Alliot, dans un texte fondamental sur le sujet³⁵, propose une excellente introduction à la coutume, et nous permet ainsi de sentir toute la portée de celle-ci.

[...] la coutume ne peut être considérée comme un ensemble normatif et autonome de règles distinctes de celles qu'imposeraient la morale, la religion ou les convenances. La coutume n'est pas un être, comme serait un corpus de lois : elle est la manière d'être, de parler, d'agir qui permet à chacun de contribuer au mieux au maintien de la cohésion du groupe. Il n'y a pas de règles à proprement parler juridiques : même dans les domaines vitaux qui définissent le Droit, la coutume ne saurait être isolée de ce que nous appelons la morale, la religion ou les convenances qui lui donnent une force supérieure pour remplir sa fonction.³⁶

La coutume n'est donc pas une idée strictement juridique. Dans le cas nous intéressant, elle recoupe un ensemble de domaines intrinsèquement liés. La compréhension de cet aspect est primordiale pour appréhender par la suite quelle est la vision du droit et de la justice que peut avoir une personne se référant au système coutumier. Accepter l'idée qu'une conception originale de la vie sous-tend le système coutumier permet de le saisir d'une manière nouvelle³⁷. Toutefois, les définitions de la coutume sont nombreuses, car un grand nombre de chercheurs³⁸ se sont penchés sur ce concept. En plus de la définition d'Alliot, nous désirons

³⁵ Alliot, *supra* note 7.

³⁶ Alliot, *ibid.* à la p. 10.

³⁷ Robert, *supra* note 5, à la p. 34.

³⁸ Voir, par ex.: N. Allott, "What is to be done with African Customary Law? The experience of problems and reforms in anglophone Africa from 1950" (1984) 28:56 J. Afr.L.56; Jacques Frémont, "Legal Pluralism, Customary Law and Human Rights in Francophone African Countries" (2009) 40:1 Victoria University of Wellington L. Rev. 149; Jean Bruyas, *Les sociétés traditionnelles de l'Afrique noire*, Paris, L'Harmattan, 2001; Dominique Darbon et Jean Du Bois de Gaudusson, *La création du droit en Afrique*, Paris, Paris Karthala, 1997; P. F. Gonidec, *Les droits africains évolution et sources*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1968.

nous pencher sur celle élaborée par Charles Ntampaka qui travaille principalement sur l'aspect juridique du concept :

La coutume est une règle de droit basée sur la répétition des mêmes actes juridiques pendant un temps assez prolongé et posée dans l'esprit de créer ou d'appliquer une norme obligatoire. La coutume est ainsi *un usage constant et incessant respecté par les membres d'une collectivité donnée, comme nécessité sociale et considérée par ceux-ci comme ayant une force obligatoire*.³⁹

Les travaux de Ntampaka sont très intéressants dans le cadre de notre recherche puisqu'il se penche longuement sur ce qui fonde la légitimité de la coutume et donc crée l'adhésion de la population à celle-ci.

La coutume est constituée d'un élément matériel et d'un élément psychologique. L'élément matériel est la pratique elle-même. « Ce sont les mœurs qui créent la coutume, mais dans certains cas, il n'est pas aisé de déterminer la limite entre un usage et une coutume. »⁴⁰ La délimitation entre le simple usage et la coutume tient à la présence d'une sanction en cas de non-observation de la règle. Une habitude, même si elle est courante et pratiquée de manière ininterrompue dans le temps par un groupe de personne, ne deviendra une coutume qu'au moment où une conséquence sociale apparaîtra lorsqu'un membre du groupe cessera de s'y conformer.

L'élément psychologique provient du sentiment d'obligation qui accompagne la pratique. La présence d'une sanction joue beaucoup pour convaincre les gens que les comportements doivent être adoptés, mais ce n'est pas tout. « Ce sentiment d'obligation, né du fait que chacun croit que toute conduite contraire serait irrationnelle et contraire à

³⁹ Charles Ntampaka, *Introduction aux systèmes juridiques africains*, Namur, Presses universitaires de Namur, 2004, à la p. 11, (c'est nous qui soulignons).

⁴⁰ *Ibid.*, à la p.12.

l'opinion générale de la population, entraîne la conviction que la règle fait partie du droit de cette population. » ⁴¹ Alors sur quoi, outre la sanction, est fondée cette conviction?

Selon Ntampaka, trois caractéristiques fondent l'élément psychologique de la coutume. La première est l'ancienneté de la pratique. La famille traditionnelle africaine accorde une grande importance aux ancêtres. Une pratique qui devient coutume est souvent reliée au sacré ou peut être attribuée aux ancêtres⁴². Ce serait même la source principale de son autorité.⁴³

La conviction qu'un usage qui s'est maintenu dans le temps est la meilleure façon de procéder dans une situation donnée provient de l'autorité morale qui émane des parents qui nous ont précédés. Si la société existe encore et si l'harmonie a été maintenue, c'est donc que ces normes étaient les bonnes. Elles ont rempli leur fonction.

La seconde caractéristique est le consentement de la population. Celui-ci n'est pas très difficile à obtenir dans une société hiérarchisée ou l'individu est très attaché au groupe dans lequel il vit. Des règles sont nécessaires à la bonne marche des activités de ce dernier. Contrevenir à ces règles risque de dérégler l'ordre établi et de mettre le groupe en péril ou porter atteinte à sa cohésion. C'est pourquoi la peur de sanctions visant à exclure le fautif du groupe ou interdisant aux membres de sa famille de continuer à entretenir des relations avec lui, une sorte de mise à mort sociale et économique, est très efficace pour prévenir les dérives. Une pratique peut aussi émaner d'une source sacrée, la ou les Divinité/s Suprême/s étant source d'ordre et de règles qui maintiennent une certaine pression psychologique. Menacer les fautifs de sanctions relevant de la magie est une manière d'obtenir le consentement.⁴⁴

Le troisième fondement de l'élément psychologique d'une coutume réside dans le fait d'être face à une règle perçue comme étant logique par le groupe. La pratique, comme nous

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Ibid.*, à la p. 13.

⁴³ Chrétien-Vernicos, *supra* note 23, à la p. 4.

⁴⁴ *Ibid.*, à la p. 15.

l'avons vu, doit répondre à un besoin et remplir une fonction, par exemple celle d'apporter et surtout de maintenir la cohésion sociale. Pour ce faire, la pratique elle-même doit être rationnelle et perçue comme telle dans son objectif. Les gens doivent être convaincus « que de telles pratiques répondent leurs besoins. »

La coutume n'est pas seulement une pratique orale comme on tend à se la représenter. Au-delà de l'oralité qui nous la fait percevoir comme étant opposée à la pratique occidentale du droit, elle est aussi (certains affirmeront même avant tout) une pratique gestuelle. C'est Jacques Vanderlinden qui sera le premier à insister sur cet élément. « C'est erronément que, partant de certaines définitions qui en font une source de Droit non écrite, des auteurs en ont conclu qu'elle était orale. Elle n'est pas davantage l'une que l'autre, elle est gestuelle. »⁴⁵ Le Roy reprend cette idée et montre que si la coutume est faite de centaines de petits gestes ayant une valeur et une signification particulière, cette pratique s'est transmise jusqu'à nos jours. Dans des tribunaux populaires, mimant la procédure étatique, mais tenue par des figures d'autorités traditionnelles, on remarque ces gestes. Les tenus portés par les participants, l'impossibilité pour les femmes de lever les yeux lorsqu'elles sont accusées d'adultère et la remise de cadeaux⁴⁶ pour ouvrir la cérémonie sont autant d'exemples de la mise en pratique du droit.

1.1.2 L'acculturation juridique

L'impact de la colonisation sur les droits traditionnels est plus pernicieux qu'il n'y paraît. C'est pourquoi il nous semble important d'établir dès maintenant la différence existant entre les concepts de coutume et de droit coutumier. Pour ce faire, nous utiliserons

⁴⁵ Jacques Vanderlinden, *Anthropologie juridique*, Paris, Dalloz, 1996, à la p. 49.

⁴⁶ Étienne Le Roy, *Les Africains et l'institution de la justice : entre mimétismes et métissages*, Paris, Dalloz, 2004, à la p. 31.

principalement la classification sur les formes d'acculturation juridique⁴⁷ utilisée par Norbert Rouland. Il cherchait à étudier les modes d'expression du droit dans les sociétés confrontées à une situation de domination coloniale. Au-delà du pluralisme juridique, c'est le processus par lequel est modifié le droit que l'auteur tente d'expliquer. Le droit des dominés subit une forte pression et des phases de transformation.

La première phase est celle du droit traditionnel⁴⁸ et renvoie à la juridicité originale de la société étudiée, donc le droit d'avant la colonisation. La coutume fait partie de cette catégorie. Même si la coutume tire en partie sa légitimité du rapport aux ancêtres et aux usages passés et éprouvés, l'évolution de ce droit est possible, les usages devant toujours être justifiés avec le contexte dans lequel les gens vivent. De plus, il est naturellement soumis à de nombreuses influences, notamment les mouvements et brassages de populations, l'arrivée d'une nouvelle religion et les transformations du milieu physique. L'oralité est une des caractéristiques de l'expérience juridique traditionnelle⁴⁹, qui permettait en partie au droit d'évoluer de manière « naturelle » avec les pratiques de la société.

La deuxième catégorie est celle du droit coutumier. La caractéristique de ce droit est qu'il apparaît à la suite de la colonisation⁵⁰. Dans le cas des pays colonisés par la France, l'émergence surviendra suite au travail de collecte et de rédaction des coutumes. Celles-ci seront ensuite rassemblées dans des coutumiers, soit des recueils sans force légale⁵¹, mais servant de référence pour les autorités. Le droit coutumier ne représente donc pas le droit africain authentique. Il est le droit recueilli pour les besoins du système colonial puis appliqué dans les tribunaux coutumiers qui parfois rendaient des décisions en contradiction totale avec la coutume, dans le but de la soumettre aux principes du droit civiliste (dans le cas de la

⁴⁷ Chez Rouland, le concept d'acculturation juridique est intimement lié au processus de transfert de droit. Le contact entre deux philosophies et systèmes juridiques différents amène deux possibilités de processus d'acculturation: « Soit il est unilatéral (un seul des droits se trouve modifié, ou même supprimé) ou réciproque (chacun des droits se modifie au contact de l'autre). » Rouland, *supra* note 10, à la p. 289.

⁴⁸ Rouland, *supra* note 11 à la p. 89.

⁴⁹ Sacco, *supra*, note 3, à la p. 85.

⁵⁰ Rouland, *supra* note 11, à la p. 90.

⁵¹ Geneviève Boko Nadjo, Présentation : Le code des personnes et de la famille béninois, Forum des ONG, Addis Abeba, octobre 2004 [non publiée]. Transcription disponible en ligne : < www.wildafao.org/fr/IMG/doc/Boko_Nadjo_FR.doc > à la p. 1.

France). Le résultat est qu'on se retrouve en face d'une jurisprudence de plus en plus étoffée qui modifie toujours plus le droit coutumier⁵² et l'éloigne de la coutume. De manière plus précise, Le Roy définit le droit coutumier :

Les caractéristiques principales du droit coutumier sont d'être un droit prétorien, écrit, au service d'une autorité administrative et exprimant une vision individualiste et dualiste de la société. Chacun de ces quatre caractères pourrait être opposé terme à terme avec les catégories de la coutume comme droit endogène.⁵³

La tension entre l'oral et l'écrit résultera dans une modification de l'essence des droits traditionnels. L'introduction de l'écriture signe la fin de la coutume qui : « cesse d'être coutume pour en devenir un reflet, une image dans la bouche de celui qui parle ou écrit »⁵⁴, mais aussi le début d'un processus de sélection et de transformation de ce qu'est le droit africain⁵⁵. Toutes les coutumes ne sont pas transcrites dans les coutumiers. Par exemple, le coutumier du Dahomey ne fait jamais mention des Yorubas alors qu'ils forment au moins 10 % de la population⁵⁶. Toutefois, une procédure servant à inscrire de nouvelles entrées est mise en place. Celle-ci est très contraignante, obligeant une nouvelle règle à avoir été défendue devant un tribunal pour pouvoir prétendre au statut de droit coutumier. De plus, la compréhension qu'en avaient les rédacteurs ne reflétait pas nécessairement le sens réel que ces pratiques revêtaient pour les populations et surtout, elles finissaient par être réinterprétées avec la logique juridique du colon. L'idée de Vanderlinden comme quoi la coutume est aussi une pratique gestuelle n'est absolument pas reflétée dans les coutumiers, ce qui en altère d'autant plus la signification. À la limite, la dot est évoquée, mais il n'en est rien de toutes les autres cérémonies d'échange de cadeaux, des postures à adopter selon certaines situations, des gestes de déférence et de tant d'autres manifestations physiques de la coutume.

⁵² Norbert Rouland, « Les colonisations juridique de l'Arctique à l'Afrique noire » (1990) 29, *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 55, à la p. 59.

⁵³ Le Roy, *supra* note 46, à la p. 113.

⁵⁴ Le Roy, *supra* note 46, à la p. 95.

⁵⁵ Rouland, *supra* note 52, à la p. 54.

⁵⁶ U.S. Central Intelligence Agency, *The World Factbook*, en ligne : FBI <<https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/bn.html>>.

Le droit local représente la troisième étape de l'acculturation juridique. Encore une fois subordonné à une logique administrative, il s'inscrit dans le processus de décentralisation des pouvoirs de l'État vers des ensembles communautaires plus petits. Censée rendre ainsi l'exercice du pouvoir plus près des populations et mettre un frein à la concentration des leviers d'action politique entre les mains d'une élite, la décentralisation a eu un impact sur le droit. Le droit local se trouve à être une réappropriation du droit positif (et étatique) par les acteurs locaux qui en maîtrisent les « modes de fonctionnement »⁵⁷.

Finalement, la quatrième catégorie se rapporte aux droits populaires. Ceux-ci sont très intéressants puisqu'ils sont « essentiellement innovants »⁵⁸. De création populaire, ils s'éloignent du droit étatique et visent à prendre en compte des situations délaissées par l'État ou carrément interdites par lui. Ce n'est pas un retour aux droits traditionnels, mais plutôt des réponses nouvelles à des problématiques contemporaines. On pourrait citer en exemple la pratique de la « *bureaugamie* »⁵⁹ au Bénin. Alors que le Code des personnes et de la famille interdit la polygamie⁶⁰, une nouvelle pratique s'est développée. Un homme déjà marié pourra aussi avoir des compagnes, qui ne vivront pas avec lui. Ces différents « bureaux » sont autant de nouvelles relations familiales qui amèneront leurs lots de responsabilités, celles-ci faisant l'objet de règles inédites. L'interdiction de la polygamie aura donc été créatrice de droit nouveau.

1.2 L'évolution du système judiciaire béninois

L'étude des droits traditionnels nous semble importante dans le but de comprendre les difficultés que rencontre le système judiciaire béninois actuel. Cependant, en plus de la

⁵⁷ Rouland, *supra* note 11, à la p. 91.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ Reforming Family Law: Key to Rights in West Africa, en ligne: The Danish Institute for Human Rights <<http://www.humanrights.dk/news/reforming+family+law+key+to+rights+in+west+africa>>.

⁶⁰ Code des personnes et de la famille, n° 2002-07 du 14 juin 2004, article 143.

coutume, l'impact de la colonisation est l'autre variable à prendre en compte. Nous chercherons maintenant à voir de quelle manière l'administration française est intervenue pour faire évoluer le droit, et de quelle façon ses actions auront eu un impact profond sur ce que deviendront les droits traditionnels.

1.2.1 La colonisation du Bénin

L'histoire du Bénin précoloniale est paradoxalement obscure et assez bien connue en même temps. Obscure, car il n'existe à peu près pas de récit de voyageurs ou d'historiens qui se soient penchés sur l'histoire des peuples habitant le nord du Bénin. Tout ce que l'on en sait nous est raconté en relation avec l'histoire des parties centrales et sud du pays. Lorsqu'il est question du royaume du Dahomey, on retrouve au contraire de nombreuses monographies. Cette richesse s'explique en partie par la fascination exercée par les récits de voyageurs qui font mention du vaudou, des exécutions, des esclaves et bien surs, des Amazones, ces fameuses guerrières. On en trouve un très bon exemple dans la préface du livre écrit par Burton où on retrouve ce récit fait par sa femme.

Thirty years ago, no Europeans were at Dahome. None ventured into the interior to the Court of the Savage known as King Gelele. His time was spent in wars, his best troops being his many thousand Amazons, women crueller and fiercer than men. The prisoners were tortured and their throats were cut. Whenever he required to send a telegram to his father, a man was slaughtered, and his soul was despatched with it. Women were cut open alive in a state of pregnancy, that the King might see what it was like. Animals were tied in every agonizing position to die; impaling and cannibalism were common, and it was impossible to go out of one's hut without seeing something appalling.⁶¹

Il faudra attendre le 20^e siècle pour qu'un travail sérieux s'effectue pour aller au delà de ces mythes. Pour ces raisons, nous tracerons principalement un bref portrait du royaume du

⁶¹ Cité dans Edna G. Bay, *Wives of the Leopard: Gender, Politics, and Culture in the Kingdom of Dahomey*, Charlottesville, University of Virginia Press, 1998, à la p. 278.

Dahomey, non pas pour perpétuer le déséquilibre existant au niveau historiographique, mais précisément parce que nous ne sommes pas historienne et que nous travaillons avec la documentation qui nous est accessible.

Trois royaumes, tous fondés par les Fons, se partageaient le sud du Bénin actuel. L'histoire de leur création fut précieusement sauvegardée dans la tradition orale. Même si le légendaire s'entremêle parfois aux faits historiques, le récit de la fondation des trois royaumes semble plausible au regard de la connaissance que nous avons des mouvements de population survenus à cette époque⁶². Le royaume d'Allada fut le premier à être fondé, probablement vers la fin du 16^e siècle. Les détails entourant le départ de deux groupes de la population varient, mais les auteurs⁶³ et la tradition indiquent qu'une dispute entre frères (possiblement ayant trait à une question de succession) en serait la cause. Vers 1610-1620⁶⁴, un groupe serait parti vers le sud-est fonder Porto-Novo et un autre se serait dirigé vers le nord et l'emplacement de la future ville d'Abomey.

Se succèdent ensuite à la chefferie d'Abomey, les descendants des premiers arrivants. De frère à frère, le pouvoir passera ensuite de père à fils à partir de Houegbadja, troisième chef de la ville d'Abomey. Considéré comme le premier roi dont l'existence n'est pas potentiellement mythique, il aurait régné de 1645 à 1685.⁶⁵ Si ses prédécesseurs se distinguent par des prouesses essentiellement guerrières permettant d'agrandir les limites de leur territoire, Houegbadja et son successeur, Akaba, mettront en place les fondations du royaume dahoméen en le dotant d'institutions et en centralisant l'exercice du pouvoir et de la justice. Houegbadja, une fois son autorité bien affirmée, retirera des mains des chefs de famille certaines de leurs prérogatives, surtout en matière de ce que nous nommerions maintenant le droit pénal.⁶⁶

⁶² William John Argyle, *Fon of Dahomey*, Oxford, Clarendon P., 1966, à la p.6.

⁶³ Argyle, *ibid.*, à la p. 10 et A. Le Herissé, *L'ancien royaume de Dahomey : Mœurs, religion, histoire*, Paris, E. Larose, 1911, à la p. 276.

⁶⁴ Argyle, *supra* note 62, à la p. 6.

⁶⁵ Ces dates varient. Maire avance plutôt les dates de 1650-1680. Victor-Louis Maire. *Dahomey : Abomey, décembre 1893-Hyères, décembre 1903*, Besançon, imprimerie de A. Cariage, 1905, en ligne : BNF <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k103695v/f8.zoom.r=agonglo.langFR>>.

⁶⁶ Argyle, *supra* note 62, à la p. 11.

Les Portugais avaient déjà entrepris de visiter la côte ouest-africaine dans les années 1470. Ils commenceront à développer la traite négrière en 1530 et alors qu'ils sont déjà installés sur la côte ghanéenne, on suppose qu'ils devaient pousser leurs incursions jusqu'au Bénin⁶⁷. Il est cependant certain que les Portugais ont exploré plusieurs localités béninoises dans la première partie du 17^e siècle⁶⁸. Ils établiront un comptoir à Porto-Novo et un y bâtiront un fort en 1752.

La présence des Européens et la demande grandissante pour les esclaves marquèrent les relations non seulement entre les Africains et les Européens, mais également entre les Africains eux-mêmes. La ville de Ouidah, par sa situation géographique privilégiée, à proximité de la mer, fut la première à bénéficier de ce trafic. Elle coopérera ponctuellement avec le Royaume d'Allada, situé à l'intérieur des terres, pour répondre à la demande grandissante⁶⁹. Ces deux villes seront conquises par les rois d'Abomey en 1724 (Allada) et 1727 (Ouidah)⁷⁰, assurant alors à ceux-ci un quasi monopole sur la traite des esclaves avec les européens. C'est durant ces années d'expansion que les Français feront leurs premières visites sur les côtes de l'actuel Bénin.

Au début du 18^e siècle, autant les Français, les Portugais que les Anglais ont établi une présence sur le sol du Bénin, principalement à Ouidah.⁷¹

1.2.2 L'action française en matière de justice

Le royaume dahoméen est vaincu en 1892 lorsqu'il est placé sous protectorat français malgré une résistance armée acharnée. En 1894, le territoire correspondant au Bénin

⁶⁷ Robert Cornevin, *La République populaire du Bénin des origines dahoméennes à nos jours*, Paris, Maisonneuve et Larose, 1981, à la p. 239.

⁶⁸ Cornevin, *ibid.*, à la p. 242.

⁶⁹ Argyle, *supra* note 62, à la p. 15.

⁷⁰ Maire, *supra* note 65, à la page 21, il utilise le nom de Juda pour parler de Ouidah.

⁷¹ Bay, *supra* note 61, à la p. 45.

actuel est intégré aux territoires coloniaux français. L'année suivante, est créée l'Afrique-Occidentale française. Elle est alors soumise à l'action législative de la métropole. Cette dernière, lorsqu'il est question des territoires outremer et des colonies, s'inscrit dans une tradition. Plusieurs textes ont contribué à mettre en place un système de gestion des territoires dominés. Sans vouloir faire un historique complet des politiques françaises, il est important de présenter sommairement les textes les plus importants.

L'esclavage est aboli en Haïti en 1793. L'année suivante, l'abolition est élargie aux autres colonies françaises. Ce décret⁷² proclame aussi que toutes personnes y vivant, peu importe sa couleur, est maintenant citoyen français et jouit donc des mêmes droits. Même si l'esclavage est rétabli en 1802, le décret illustre bien la voie empruntée par la suite. La Constitution de l'An III de 1795 poursuit dans la même veine en réaffirmant l'autorité de la France sur ses colonies. L'article 6 rappelle que la loi constitutionnelle s'applique aussi outremer. Il est intéressant de souligner qu'il n'est nulle part fait mention du droit existant dans les colonies. La confiance absolue en la supériorité de la civilisation française se cache derrière cet état de fait. Le droit de la métropole étant perçu comme un outil civilisateur permettant l'évolution des populations touchées.⁷³

L'intervention française visant à modifier les droits traditionnels s'est manifestée de manière directe et indirecte. L'action directe comportait deux stades dont le premier consistait en une « action législative sur les institutions existantes pour faire disparaître les éléments les plus étrangers à nos propres conceptions juridiques »⁷⁴. L'action législative, comme toute l'aventure coloniale, était justifiée par le désir d'aider les populations indigènes à évoluer vers un plus haut stade de civilisation. Comme on l'a vu, historiquement la France en est venue à plus ou moins tolérer les coutumes locales, mais toujours dans l'optique où elles n'entraient pas en contradiction avec ses valeurs.⁷⁵ Mais derrière ce semblant d'altruisme, se cache une volonté d'assimilation. Les coutumes ne sont pas respectées parce

⁷² Décret du 16 pluviôse an II (4 février 1794) cité dans Robert, *supra* note 4, à la p. 13

⁷³ *Ibid.*, à la p. 12.

⁷⁴ *Ibid.*, à la p. 193.

⁷⁵ Rouland, *supra* note 10, à la p. 294.

qu'elles sont un élément important de la culture des populations concernées : si elles le sont, c'est que, dans leurs formes altérées, elles offrent un outil de contrôle et d'administration efficace. Le but ultime est d'amener les Africains à renoncer à ces pratiques « arriérées » pour leur permettre de devenir des citoyens français. La coutume et le droit français n'étaient pas considérés comme égaux. La première était dépendante du second, dans la mesure où elle a été modifiée pour lui ressembler.⁷⁶ Les Africains auraient ensuite dû, tout naturellement, abandonner leur statut civil local au profit de la citoyenneté civile française⁷⁷. Cette idée est en fait le deuxième stade de l'action directe : réduire progressivement le nombre de personnes se référant au droit coutumier.

L'action indirecte se caractérise plutôt par un encadrement des structures juridiques traditionnelles de manière à ce qu'elles puissent servir d'instruments de contrôle de la population. La rédaction des coutumes était la première étape vers l'édification d'un système hybride. La procédure se rapprochant des institutions françaises, avec la présence d'un juge siégeant dans un tribunal et la nécessité de conserver des archives écrites des jugements, s'appuyait sur les coutumiers. Le droit traditionnel était donc très étroitement encadré : « [...] cette organisation était la seule concevable pour des motifs d'ordre logique, pratique, psychologique et même historique »⁷⁸. Le principe servant de base à cette organisation est le suivant : les tribunaux appliquant le droit français sont les seules vraies juridictions de droit commun. Le droit local devient donc une « loi d'exception, la juridiction étant elle-même considérée comme un tribunal d'exception par la jurisprudence. »⁷⁹ Cette organisation aura comme conséquence de saper l'autorité des élites traditionnelles, en leur retirant la responsabilité de dire le droit, mais aussi de dénaturer totalement le droit traditionnel, en le retirant du contexte où il doit s'exercer. En l'éloignant des communautés, ainsi qu'en le transformant par la rédaction, les législateurs français lui auront surtout retiré, en partie, la chance d'évoluer.

⁷⁶ Robert, *supra* note 5, à la p. 193.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ *Ibid.*, à la p. 221.

⁷⁹ *Ibid.*, à la p. 222.

CHAPITRE 2

L'ACCÈS À LA JUSTICE

La présentation faite, dans le chapitre précédent, de l'évolution du système judiciaire béninois, à partir des droits traditionnels principalement non écrits, en passant par la transcription et la création de la coutume pour aboutir à des institutions dites modernes, ne nous donne pas une image complète de ce qu'est réellement la justice dans la vie courante de la population. La prochaine section vise à remédier à cela. Premièrement, nous aborderons la question de l'accès à la justice par la vision qu'en ont trois paradigmes venant du monde de la coopération internationale, du droit et de l'économie sociale. Ensuite, nous verrons plus en détail qu'elle est la situation qui prévaut au Bénin et quels sont les différents facteurs à prendre en compte pour comprendre cette problématique.

2.1 Trois paradigmes sur l'accès à la justice

Les efforts pour améliorer l'accès à la justice ont été menés en grande partie à travers les agences de développement international (ACDI au Canada, USAID pour les États-Unis et le DFID au Royaume-Uni, entre autres), les institutions multilatérales telles que les programmes des Nations Unies et les institutions régionales (comme la Banque Africaine de développement et l'Union économique et monétaire ouest-africaine). Les ONG et autres composantes de la société civile sont aussi impliquées à divers degrés, selon les projets. Nous souhaitons cependant rendre compte de l'évolution dans la conception de ces projets en faisant un résumé de l'approche la plus commune les sous-tendant, ainsi que de deux

approches alternatives qui semblent prendre de plus en plus de place dans la littérature et la pratique.

2.1.1 *La Rule of Law Orthodoxy*

Cette expression que l'on retrouve pour la première fois dans un article écrit par Frank Upham en 2002⁸⁰ est utilisée par plusieurs auteurs pour décrire le paradigme qui sous-tend l'approche de nombreuses organisations œuvrant dans le secteur du développement international.

" The dominant paradigm – or «rule of law orthodoxy» - takes a « top-down », state-centered approach through which development agency personnel design and implement law-oriented projects in cooperation with high government officials "⁸¹. Les projets et programmes qu'elles mettent en place lorsqu'il est question de réformer le système juridique d'un État et d'améliorer l'accès à la justice sont basés sur une vision particulière de la fonction du Droit dans une société, et par conséquent, visent à établir des réformes devant permettre au système juridique de jouer un rôle bien précis tout en intégrant le droit aux questions relatives au développement.

Ce paradigme a pris forme au sein de la Banque Mondiale⁸² (BM) et il doit se comprendre comme une extension des théories néolibérales en vogue au sein de l'institution⁸³. Sans vouloir faire un récapitulatif des grandes tendances qui furent en vogue dans le monde de l'économie politique et des études sur le développement, mentionnons

⁸⁰ Frank Upham, " Mythmaking in the Rule of Law Orthodoxy " (2002), 30 *Carnegie Paper*, en ligne: Carnegie Endowment for International Peace <<http://www.carnegieendowment.org/files/wp30.pdf>>.

⁸¹ Stephen Gotlub, " Beyond Rule of Law Orthodoxy: The Legal Empowerment Alternative " (2003) 41 *Carnegie Paper*, en ligne: Carnegie Endowment for International Peace <<http://www.carnegieendowment.org/files/wp41.pdf>>, à la p. 5.

⁸² Tor Krever, " The Legal Turn in Late Development Theory: The Rule of Law and the World Bank's Development Model " (2011) 52, *Harv. INT'L. L. J.* 287, à la p. 291.

⁸³ *Ibid.*, à la p. 290.

cependant qu'après la crise de la dette qui affecta de nombreux pays en développement à la fin des années 1970, la BM a mis en place les Programmes d'ajustement structurels (PAS), qui visaient à réformer en profondeur les économies nationales des pays touchés. L'exécution des PAS exigeait des réformes de nature législative, cependant, elles n'étaient pas un but en soi, mais bien un moyen d'atteindre des objectifs de nature économique⁸⁴. L'échec des PAS et la croissance économique que connurent plusieurs pays d'Asie durant la même période, alors que leur façon de procéder ne cadrait pas dans le modèle utilisé par la BM, furent les catalyseurs d'une critique importante des méthodes de l'institution. L'émergence de la notion d'État de droit dans les programmes de la BM, tout comme l'importance accordée à la bonne gouvernance, s'inscrit donc dans un contexte de critique des politiques néolibérales présentes dans les PAS.⁸⁵

Nombreuses sont les définitions de ce qu'est l'État de droit. Nous renvoyons ici à celle de la BM parce qu'elle est révélatrice à plusieurs égards.

1) the government itself is bound by the law; (2) every person in society is treated equally under the law; (3) the human dignity of each individual is recognized and protected by law; and (4) justice is accessible to all. The rule of law requires transparent legislation, fair laws, predictable enforcement, and accountable governments to maintain order, promote private sector growth, fight poverty, and have legitimacy.⁸⁶

Même si elle est une actrice très importante dans la mise en place du paradigme, il est surprenant de constater à quel point la BM investit peu de temps et d'argent dans les projets visant spécifiquement l'amélioration de l'accès à la justice. Cette composante de la définition est complètement négligée. Sur un total de 555 projets de nature juridique financés par la BM, seulement 40 s'attardaient en partie à l'accès à la justice alors qu'on en trouve plus de

⁸⁴ *Ibid.*, à la p. 298.

⁸⁵ *Ibid.*, à la p. 290.

⁸⁶ World Bank Legal Vice Presidency, Initiatives in Legal and Judicial Reform (2004) en ligne : World Bank <http://www-wds.worldbank.org/servlet/WDSContentServer/WDSP/IB/2004/03/01/000012009_20040301142827/Rendered/PDF/250820040Edition.pdf>, à la p. 2.

200 visant à mettre en place des institutions favorisant la bonne marche de l'économie de marché⁸⁷. La définition de la BM nous amène donc à réfléchir aux buts visés dans l'établissement de l'État de droit plutôt qu'à ces composantes. Les projets de la BM ainsi que des pays donateurs, via leur agence de développement, font primer la recherche de croissance économique et l'ouverture des marchés, facilitant de cette façon les échanges internationaux. La dénomination « État de droit » sert donc la plupart du temps de paravent à des projets visant des réformes de nature économique plutôt que juridique.

Dans les cas où les projets comportent aussi un aspect de réforme juridique, les domaines concernés sont presque exclusivement les mêmes (droit commercial, administratif et parfois pénal). C'est donc dire certaines thématiques sont complètement négligées, comme si le droit foncier et le droit de la famille n'étaient pas affectés par l'absence d'État de droit. Si les réformes juridiques ne touchent principalement qu'un nombre restreint de domaines, il est encore plus intéressant de constater que les projets financés par les bailleurs de fonds visent rarement à mettre en place des réformes profondes. Les projets les plus simples visent habituellement à réviser ou réécrire des articles ou des lois complètes, pour les moderniser et y inclure de nouveaux cas de figure. Il peut s'agir, par exemple, de mettre en place une loi contre la corruption.⁸⁸ Des projets de plus grande envergure tenteront de modifier les institutions juridiques pour les rendre plus « compétentes, efficaces et responsables »⁸⁹. Ici, c'est principalement sur la formation et l'encadrement du personnel que l'action se porte. La rédaction de codes d'éthique, la création de programmes de formation continue et la hausse des salaires du personnel judiciaire sont parmi les mesures que ce genre de projets tente d'implanter. Il peut aussi être question de renforcer des législations existantes, mais peu utilisées, notamment par l'éducation et la formation. Le troisième et dernier type de réformes juridiques vise un objectif beaucoup plus large, soit celui d'augmenter le respect, par le gouvernement, de ses propres lois. Ici aussi, les sujets principaux des mesures adoptés seront

⁸⁷ Victoria Harris, Consolidating ideology in law? Legal and judicial reform programmes at the World Bank, Bretton Woods Project (25 juillet 2007), cité dans Krever, *supra* note 82, à la p. 313.

⁸⁸ Thomas Carother, " The Rule-of-Law Revival " (1998) 77 *Foreign Aff.* 95, à la p. 5.

⁸⁹ *Ibid.*

le personnel des institutions juridiques, ainsi que les fonctionnaires et officiels de l'appareil gouvernemental.

Ultimement, le succès de tels projets se traduit par une séparation effective des pouvoirs de l'État et par le respect du gouvernement envers les décisions prises par le judiciaire.⁹⁰ Peu nombreux sont les projets de cette ampleur. Pourtant, les deux autres types d'interventions ne peuvent donner des résultats convaincants à long terme si la culture étatique n'est pas modifiée. En plus de requérir un degré d'interventionnisme beaucoup plus élevé, ce qui intéresse peu de bailleurs de fonds, et d'être plus onéreux, en partie parce que ce sont des programmes devant se dérouler sur plusieurs années,⁹¹ les tentatives visant à rendre l'appareil gouvernemental responsable exigent une réelle volonté politique. Pourtant, les projets s'adressent la plupart du temps aux juges et aux avocats, négligeant les acteurs politiques.⁹² Cette approche est inefficace notamment parce que les réformes nécessitent un engagement constant du gouvernement pour pouvoir perdurer dans le temps. De plus, il est important d'offrir des formations aux fonctionnaires dans le but de réformer la bureaucratie. " Even the greatest amount of political will is sometimes insufficient to implement lasting legal system reforms in the face of recalcitrant bureaucracies and improper but powerful external influences. "⁹³

Cette façon de faire reflète une vision assez limitée de ce qu'est un système juridique fonctionnel et des acteurs clés permettant son bon fonctionnement. Des juges compétents et des avocats respectant un code d'éthique précis ne sont pas suffisants face à un gouvernement qui ne reconnaîtrait pas le principe de séparation des pouvoirs de l'État.

Gotlub évoque certaines critiques⁹⁴ envers le paradigme de l'État de droit. L'une des plus importantes porte sur le manque d'initiatives incluant la société civile. L'action

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ *Ibid.*, à la p. 12.

⁹² Gotlub, *supra* note 81, aux pages 18 et 22.

⁹³ *Ibid.*, à la p. 12.

⁹⁴ Gotlub, *supra* note 79, de la page 13 à 27. Il énumère ainsi plusieurs des aspects problématiques de ce paradigme (centralité des institutions, sous-estimations des obstacles, etc.).

découlant de ce paradigme s'oriente principalement du haut vers le bas. En dirigeant leur action presque exclusivement vers les institutions et les gens qui y travaillent, les bailleurs de fonds négligent les organisations à la base qui œuvrent pour l'accessibilité à la justice. Cette attitude s'explique en partie par la recherche de résultats durables. Les institutions et leurs agents seraient capables de changements durables grâce à des investissements ponctuels finançant par exemple des formations et réformes. Le travail auprès des ONG serait perçu différemment, les investissements devant être répétés ou répartis sur le long terme.⁹⁵ Ce raisonnement nous semble erroné, la prémisse étant que les ONG seraient peu durables par essence et que l'argent investi dans leurs projets aurait peu de chance de produire des résultats à long terme. Le problème tient peut-être plus à une mauvaise évaluation par les bailleurs de fonds des besoins réels de ces organisations. Au lieu de financer des projets, pourquoi ne pas investir de l'argent comme on le fait pour les institutions, vers le perfectionnement, la formation et la recherche de stabilité? La perception de l'instabilité des ONG provient peut-être en partie de la structure même de l'aide accordée. De plus, la durabilité des institutions ne permet pas un meilleur accès à la justice si elles sont inefficaces et corrompues. Ce qui doit être recherché, ce sont des résultats durables⁹⁶ de la part de l'État, mais aussi des ONG subventionnées.

Une autre critique courante du paradigme de l'État de droit s'articule autour de l'idée d'agir strictement dans le champ juridique sans tenir compte des aspects social et politique. De la définition de l'État de droit, on peut déduire l'importance du respect par le politique de l'indépendance nécessaire au système judiciaire. Tous les individus doivent être traités également par le droit et la branche exécutive de l'État doit respecter la fonction des tribunaux et respecter les décisions qui en émanent. Comme nous l'avons vu, très souvent les réformes visant à instaurer l'État de droit se concentrent sur la modification des textes de loi et, plus rarement, des comportements des juges, avocats et parfois des fonctionnaires. Mais en insistant sur l'importance de la séparation entre le politique et le juridique, on en vient à oublier que le droit doit s'inscrire dans un contexte social et politique. Il n'est pas une simple

⁹⁵ *Ibid.*, à la p. 19.

⁹⁶ *Ibid.*, à la p. 21.

technique, ou un outil que l'on peut rendre de plus en plus performant, indépendamment de la personne devant le manipuler⁹⁷. Nous discuterons de cette question plus amplement dans le chapitre suivant.

2.1.2 Le *Legal Empowerment* et l'accès à la justice

Les deux approches dont il sera question maintenant partagent beaucoup de points en commun et aussi certaines divergences importantes. C'est pourquoi nous les aborderons ensemble pour en faire plus facilement ressortir les différents éléments.

Les approches d'accès à la justice et d'*empowerment*⁹⁸ par le droit partagent une philosophie assez semblable, dans la mesure où elles sont perçues comme des alternatives à la théorie de l'État de droit. Constatant une certaine inefficacité, c'est vers une approche où l'action s'effectue sur la base (*bottom-up*) que des chercheurs et des organisations internationales ont décidé de se tourner. Un autre point en commun se trouve dans la vision commune partagée quant à la définition de ce qu'est la fonction du droit. Celle-ci est assez large, car le droit a en effet la possibilité de transformer la société.

Poor communities may only experience law and law enforcement as instruments of repression. But law can be a source of opportunities – for expanding access to economic benefits, for ensuring government accountability, and even for effecting broader social change. The challenge, as we in the Access to Justice Working Group conceive of it, is how to affect a transformation from law-as-obstacle to law-as-opportunity for the poor and disempowered.⁹⁹

⁹⁷ Upham, *supra* note 80, à la p. 7.

⁹⁸ Dans les documents des Nations Unies, le terme «*legal empowerment*» est traduit par «*démarginalisation par le droit*» ou «*autonomisation par le droit*». Ces deux termes ne nous semblent pas traduire complètement le sens de l'expression originale. C'est pourquoi nous utiliserons la formulation anglophone.

⁹⁹ Commission on Legal Empowerment of the Poor, "Working Group 1: Access to Justice and Rule of Law", autrefois en ligne (consulté le -18-08-2012), dossiers de l'auteure, à la p. 1.

L'influence de cette vision se fait sentir dans tous les aspects de ces deux approches, leur donnant une couleur résolument différente par rapport à la théorie dominante dans la pratique des agences nationales de développement. Par exemple, même si ceux-ci sont parfois évoqués, l'accent ne se porte plus sur les obstacles empêchant l'accès. Ce sont les besoins en matière de justice qui sont analysés et auxquels on tente de répondre. L'action se porte habituellement directement sur les plus pauvres en visant à répondre à leurs besoins.¹⁰⁰ La vision large de la fonction du droit fait en sorte que la question de l'accès à la justice ne peut être un sujet strictement juridique et que la réflexion et l'action se doivent d'embrasser aussi le politique, de tenir compte des inégalités sociales et des questions de genre.

Pourtant, on trouve ici la différence la plus fondamentale entre les deux théories. Pour l'accès à la justice, même si les outils pour atteindre l'objectif d'accessibilité sont variés, il n'en demeure par moins que le but est principalement juridique¹⁰¹. En partie basé sur le respect des droits humains, qui fournissent un cadre pour la création des projets, il est bien sûr question de l'amélioration générale des conditions de vie et du respect des droits de la population, notamment des plus pauvres. Les liens avec les questions de développement sont nombreux et se retrouvent fréquemment évoqués dans les guides et les projets¹⁰². L'accessibilité à un système juridique efficace est le but en soi des efforts déployés. Le pouvoir émancipateur du droit se manifeste lorsque les individus ont une égale chance de faire respecter leurs droits, c'est une conséquence de l'accessibilité. " Access to justice is a basic human right as well as an indispensable means to combat poverty, prevent and resolve conflicts. "¹⁰³

¹⁰⁰ Ineke Van D. Meene et Benjamin van Rooij, *Access to Justice and Legal Empowerment : Making the Poor Central in Legal Development Co-operation*, Leiden, Leiden University Press, 2008, à la p.6.

¹⁰¹ *Ibid.*, à la p. 3.

¹⁰² UNDP, *Programming for Justice : Access for All. A Practitioner's Guide to a Human Rights-Based Approach to Access to Justice*, Bangkok, UNDP, 2005, en ligne: hrea <http://www.hrea.org/erc/Library/display_doc.php?url=http%3A%2F%2Fregionalcentrebangkok.undp.or.th%2Fpractices%2Fgovernance%2Fa2j%2Fdocs%2FProgrammingForJustice-AccessForAll.pdf&external=N>, [Programming for Justice], à la p. 3.

¹⁰³ UNDP, *Access to Justice : Practice Note*, UNDP, 2005, en ligne: UNDP <http://www.undp.org/content/dam/aplaws/publication/en/publications/democratic-governance/dg-publications-for-website/access-to-justice-practice-note/Justice_PN_En.pdf>, à la p. 3.

L'objectif final de l'approche d'*empowerment* par le droit est plus large. L'accès à la justice en est une composante essentielle, mais elle n'en constitue pas la finalité¹⁰⁴. Les plus défavorisés et les marginalisés doivent pouvoir utiliser les mécanismes juridiques pour faire valoir leurs droits, mais aussi pour gagner une pleine autonomie et le contrôle sur leur vie. Le droit doit donc permettre d'éradiquer la vulnérabilité dans laquelle ils se trouvent. Si les droits humains sont encore une fois un point de repère important, l'attention se tourne néanmoins davantage sur l'importance de répondre aux besoins des populations défavorisées.¹⁰⁵

Le rapport face à l'État et aux ONG est une autre différence importante. Comme nous l'avons déjà mentionné, les deux approches prônent une action sur la société civile. Cependant, cela ne veut pas dire que des projets ne peuvent pas aussi impliquer les institutions étatiques. Les projets d'accès à la justice mis en place par le PNUD tentent ainsi d'agir sur les structures gouvernementales, tout en gardant les ONG et la population comme leur cible privilégiée. Il n'est donc pas rare de voir des composantes des projets insister sur l'importance de l'indépendance judiciaire ou offrir des formations en matière de droits humains aux législateurs et fonctionnaires.¹⁰⁶ Au contraire, l'*empowerment* par le droit tend à concentrer son action presque uniquement sur la société civile. Gotlub a grandement contribué à positionner cette approche comme une alternative pouvant remédier aux dysfonctionnements engendrés par l'application de la théorie de l'État de droit. Dans cette dernière, on retrouve une certaine méfiance envers les ONG, réputées comme n'étant pas assez fiables et pérennes dans le temps¹⁰⁷.

Il existe deux variantes de l'*empowerment* par le droit, leurs différences résidant principalement dans les moyens d'action et de mise en œuvre. Pour la première: "legal empowerment is the use of legal services, often in combination with related development

¹⁰⁴ Benjamin Van Rooij, " Bringing Justice to the Poor – Bottom-up Legal Development Cooperation " (2012) 7 Hague Journal on the Rule of Law 286, à la p. 3.

¹⁰⁵ *Ibid.*, à la p. 4.

¹⁰⁶ UNDP, Access to Justice : Practice Note, *supra* note 103, à la p. 7.

¹⁰⁷ Gotlub, *supra* note 81, à la p. 19.

activities, to increase disadvantaged populations' control over their lives. »¹⁰⁸ La mise en œuvre se fait notamment en renforçant les capacités des communautés marginalisées tout en étant à l'écoute des problématiques qu'elles identifient comme étant prioritaires et des solutions trouvées dans d'autres communautés des pays du sud. Parfois, l'action peut aussi se porter sur différents échelons gouvernementaux en formant les intervenants à être sensibles aux discriminations « informelles ». ¹⁰⁹

La seconde expression de cette théorie a une tournure plus pratique et économique. Le travail informel est un sujet de préoccupation, notamment parce qu'il est lié à plusieurs champs des droits humains (droit du travail, sécurité sociale, droits des femmes, droit des enfants, droit de propriété). Dans de nombreux pays en développement, une partie importante de la population travaille dans le secteur informel. Les estimations varient sensiblement pour l'Afrique subsaharienne. Cependant, plusieurs chercheurs¹¹⁰ avancent des chiffres tournant autour de 50% à 70 % de la population active, et ce, en excluant le travail agricole. Cet état de fait pose un problème particulier pour l'accès à la justice. Hernando De Soto a réfléchi à cette question qui pour lui, revêtait une importance particulière. Le résultat de cette réflexion en partie économique fut la création¹¹¹ de la Commission pour la démarginalisation des pauvres par le droit. Les travaux de la Commission définissent clairement quatre piliers, qui sont en fait des thématiques vers lesquelles devraient s'orienter l'action pour augmenter la capacité juridique des populations les plus pauvres. Les quatre piliers sont l'accès à la justice et l'État de droit, le droit de propriété, le droit du travail et le droit d'entreprendre.

¹⁰⁸ *Ibid.*, à la p. 25.

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ Jante Parlevliet, Johannes Jütting et Theodora Xenogiani, « Peut-on maîtriser l'emploi informel » (2008) 56 Repères, en ligne Centre de développement de l'OCDE <<http://www.oecd.org/dataoecd/5/52/40052929.pdf>>, à la p.1 ; Soulye Kanté, « Le secteur informel en Afrique subsaharienne francophone : vers la promotion d'un travail décent » (2001) en ligne, Bureau international du travail <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/documents/publication/wcms_122219.pdf>, à la p. 6.

¹¹¹ Hernando De Soto, *The Mystery of Capital; Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else*, New York, Basic Books, 2003 cité dans Van Rooij, supra note 101, aux pages 3 et 8.

Ce qui fait l'originalité de cette vision est qu'elle provient résolument des études sur le développement international et tente de remédier à la pauvreté et l'exclusion en agissant sur la capacité juridique des populations marginalisées :

La démarginalisation par le droit est le processus à travers lequel les pauvres acquièrent une protection et la capacité de faire usage de la loi pour faire valoir leurs droits et leurs intérêts vis-à-vis de l'État et sur le marché. [...] La démarginalisation par le droit est une approche par pays fondée sur un contexte spécifique qui a lieu à la fois au niveau national et au niveau local.¹¹²

Au contraire de l'approche État de droit, les deux approches partagent une ouverture certaine face aux systèmes juridiques qui font une place au droit traditionnel et à ses mécanismes. " The UNDP approach to access to justice explicitly recognizes that justice systems can be found both in the formal, state institutions, as well as in informal non-state normative systems. "¹¹³ Il en va de même pour l'*empowerment* par le droit. Les droits traditionnels et les coutumes sont une réalité à prendre en compte et il est parfois possible de s'appuyer sur ceux-ci.

Fort heureusement, les coutumes ne sont pas rigides et statiques. Il est donc possible de viser un processus dans lequel les pratiques coutumières évoluent en réponse au développement social et aux principes des droits de l'homme. Ces mécanismes informels versatiles existent en partie parce qu'ils sont souvent plus accessibles et utiles aux pauvres que les institutions officielles à plusieurs égards. Ils encouragent la flexibilité et le compromis dans le cadre des normes de la communauté. Dans d'autres cas, le système informel n'est ni efficace, ni équitable. Le contexte revêt une importance capitale.¹¹⁴

¹¹² Commission pour la démarginalisation des pauvres par le droit, *Pour une application équitable et universelle de la loi*, volume 1, New York, Nations Unies, 2008, à la p. 30.

¹¹³ Van Rooij, *supra* note 104, à la p. 3.

¹¹⁴ Pour une application équitable et universelle de la loi, *supra* note 112, à la p. 89.

2.1.3 La microjustice

Très récente et encore peu mise en pratique, l'approche de la microjustice commence à mobiliser beaucoup de chercheurs travaillant sur les questions d'accès à la justice pour les populations les plus marginalisées. Cette théorie s'inspire en partie de la microfinance, populaire approche en économie et dans le monde du développement international.

Personne en particulier n'a le crédit d'avoir inventé la microfinance. Évoluant à partir de formes variées d'épargne et de mécanismes permettant l'accès à des capitaux, tels que le prêt à usure et la tontine, ces pratiques se sont modifiées pour s'adapter aux besoins des populations. Ce qui fait le succès de la microfinance, c'est son ancrage dans la communauté. « Cette proximité et cette intégration du prêteur dans le milieu culturel des emprunteurs est importante car cette connaissance réciproque était le moyen de la couverture du risque. »¹¹⁵ La microfinance a gagné en popularité et s'est institutionnalisée au cours des trente dernières années. En 1997, Washington accueillait le premier Sommet sur le microcrédit, événement réunissant près de 3 000 personnes en provenance de 137 pays¹¹⁶. Un des acteurs les plus importants du milieu, le Bangladeshi Muhammad Yunus, fondateur de la Grameen Bank, recevra le Prix Nobel de la Paix en 2006. Cette consécration est un indicateur de l'intérêt qui est accordé à ce mouvement.

La microjustice s'inspire directement du principe de proximité et le perçoit comme étant partie de la solution. Une des questions principales qui intéresse les auteurs se penchant sur cette approche est la suivante : est-il possible d'adapter et de réinventer les institutions juridiques que l'on retrouve dans les pays développés pour permettre aux plus démunis dans les pays en développement d'avoir accès à la justice¹¹⁷? De plus, à la problématique de

¹¹⁵ Fernand Vincent, « Le micro-crédit est-il un instrument de développement? » (2000) 4 Associations Transnationales 201, à la page 1.

¹¹⁶ Microcredit Summit Campaign, « About us » en ligne : MSC <http://www.microcreditsummit.org/about/about_the_microcredit_summit_campaign/>.

¹¹⁷ Maurits Barendrecht et Patricia van Nispen, " Microjustice " (2008) 2008-10 TILEC Discussion Paper, en ligne : Social Science Research Network <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1022936 >, à la p. 5.

l'accès est ajoutée celle des coûts associés à la justice, autant pour l'État que pour les citoyens.

Microjustice aims to facilitate access to services that meet basic legal needs for the poorest sector of the population and, in doing so, allowing them the same enjoyment of rights as the rest of the population. Microjustice is an important instrument for the legal empowerment of the poor. Microjustice is based in the principles of solidarity and sustainability.¹¹⁸

Avant de décrire ce qu'est la microjustice, il faut comprendre les deux prémisses sur lesquelles repose la théorie. En premier lieu, il y a la constatation que la justice n'est déjà plus la chasse gardée de l'État, ce qui mène au deuxième point. Comparer le système juridique à un marché nous permet d'en avoir une nouvelle compréhension, plus complète.

La définition classique de l'État évoque le monopole de celui-ci sur la violence dite légitime¹¹⁹ et la force publique. Ses moyens d'action s'organisent autour de l'armée, la police et les tribunaux, permettant de faire respecter les règles de la vie en société. Pourtant, en observant comment fonctionnent les systèmes de justice, autant dans les pays développés que dans ceux en développement, on observe de nombreux faits permettant de remettre en cause cette vision des choses. La privatisation de la justice s'effectue parfois par la souplesse de l'État face à des mécanismes et des institutions traditionnelles.¹²⁰ La place très importante faite aux avocats et aux mécanismes alternatifs de résolution des conflits tels que la médiation et la conciliation en sont d'autres exemples.

¹¹⁸ ILA – Microjustice for All, *Microjustice Handbook : Initial Experiences & Best Practices in Bolivia, Peru and Croatia/Serbia*, The Hague, ILA-Microjustice for All, 2009, en ligne: ILA <<http://microjustice4all.org/handbook.pdf>>, à la page 12.

¹¹⁹ Alex Macloed, Evelyne Dufault et Guillaume Dufour, *Relations Internationales – Théories et concepts*, Montréal, Athéna éditions, 2004 à la p. 73.

¹²⁰ On voit en un exemple au Bénin, dans la très grande place qui est faite au Conseil de famille lorsqu'il est question d'autorité parentale, de consentement à l'adoption ou de tutelle des enfants, voir par exemple Code des personnes et de la famille, *supra* note 60, art. 342.

Il devient alors logique de comparer le système juridique à un marché. D'un côté on retrouve l'offre de services juridiques et de l'autre, la demande pour ceux-ci. Au contraire de l'approche *legal empowerment* où l'on tente d'identifier quels sont les obstacles freinant l'accès à la justice, et de la *Rule of Law Orthodoxy* où l'accent est mis sur les réformes, la microjustice recherche plutôt à réconcilier offre et demande par la création d'une situation gagnant-gagnant pour les différents acteurs. " Why can cooperation between people not bring about access to justice when there is a clear demand for it? "¹²¹ La demande, ou le besoin de services juridiques, est bien présente et la solution pour permettre l'accès est donc de faire en sorte de stimuler une offre de service qui soit à la portée des moyens financiers des plus démunis : " paths to justice for the poor that are sustainable economically, in the sense that they are attractive to use for the poor and at the same time attractive to deliver for suppliers, without extensive subsidies by state or by donors. "¹²²

Les liens entre l'approche microjustice et *l'empowerment* par le droit sont nombreux. Les documents¹²³ visant à faciliter la mise en œuvre d'initiatives de microjustice font références aux besoins juridiques tels qu'ils sont définis par la Commission pour la démarginalisation des pauvres par le droit. Cette approche est parfois présentée comme une occasion permettant la réalisation de *l'empowerment* juridique des populations les plus défavorisées. Cependant, nous tenions à présenter ces deux approches séparément. Même si toutes les deux proposent une intervention de la base vers le haut (*bottom-up*) au contraire de ce qui est prôné par l'approche État de droit, où les changements se font du haut vers la base (*top-down*), ces deux variantes présentent des différences, notamment au niveau du vocabulaire employé.

Dans les projets de microjustice, il est très souvent question de technologies. L'accès à internet et aux nouvelles technologies de l'information¹²⁴ est perçu comme étant prioritaire. Internet et les ordinateurs peuvent servir à autonomiser les communautés et les individus en

¹²¹ Barendrecht, *supra* note 117, à la p. 10.

¹²² Van Rooij, *supra* note 104, à la p. 4.

¹²³ ILA – Microjustice for All, *supra* note 118, à la page 19.

¹²⁴ Barendrecht, *supra* note 117, à la p. 20.

leur permettant par exemple de trouver les formulaires dont ils ont besoins¹²⁵ ou d'obtenir des renseignements sur les options s'offrant à eux en cas de litiges. Cependant, les auteurs utilisent ce terme de manière beaucoup plus large. Les technologies font aussi références à des savoirs importés d'autres disciplines permettant de faciliter les relations entre les fournisseurs de services et les utilisateurs tout en rationalisant l'offre. Il peut s'agir d'emprunter des connaissances venant de la sociologie, de la criminologie, de la psychologie ou de la gestion pour faciliter la médiation ou permettre un meilleur accompagnement des victimes.¹²⁶

Une des forces de cette approche réside dans l'accent qui est placé sur l'assistance juridique aux justiciables. Les quelques exemples de projets en cours de réalisation qui se réclament de la microjustice comportent tous une dimension d'assistance juridique¹²⁷. Il n'est pas seulement question de former des parajuristes pouvant effectuer certaines tâches dans les endroits où l'État peine à se rendre. Ce qui est important, c'est de créer des structures, avec du personnel qualifié, pouvant accompagner la population tout au long du processus. Que ce soit en facilitant l'accès aux documents nécessaires, en aidant à la rédaction ou en proposant des solutions alternatives, l'action de ces nouvelles structures peut être très étendue.

Les gens permettant l'offre de ces services sont parfois des facilitateurs et l'on en retrouve deux catégories¹²⁸. Ceux qui travaillent à l'intérieur du système juridique et des instances administratives peuvent agir comme premier contact et diriger plus efficacement la population. Les facilitateurs à l'externe œuvrent principalement dans des ONG et organismes communautaires, mais ils sont parfois des opérateurs privés ayant reçu une formation sur les principes de la microjustice.

¹²⁵ *Ibid.*, à la p. 4.

¹²⁶ Maurits Berendrecht, " In Search of Microjustice: Five Basic Elements of a Dispute System " (2009) 2009-02 TILEC Discussion Paper, en ligne: Social Science Research Network <<http://ssrn.com/abstract=1334644>>, à la p. 12.

¹²⁷ ILA – Microjustice for All, *supra* note 115, à la page 51.

¹²⁸ *Ibid.*, à la page 59.

Les trois premières approches (la *Rule of Law*, le *legal empowerment* et l'accès à la justice) dominent actuellement le champ des études sur le développement et sont aussi les plus fréquemment utilisées lors de l'élaboration de projets ayant trait à la justice et à l'accès à celle-ci. Nous réservons notre critique de celles-ci, en incluant la microjustice, pour le chapitre suivant.

2.2 La problématique de l'accès à la justice au Bénin

Le système judiciaire béninois ne semble pas être en mesure de répondre aux besoins des justiciables. Si le mécontentement n'est pas l'apanage des plus défavorisés, force est de constater que les tranches les plus pauvres de la population font face à de trop nombreux obstacles lorsqu'ils tentent de s'adresser aux tribunaux. Nous tenterons ici de décrire brièvement ces barrières. Pour ce faire, nous reprendrons la classification de Campos et Djenontin, qui classent les problèmes auxquels font face les justiciables en trois catégories : techniques, sociologiques et économiques. Il va sans dire que les causes de dysfonctionnement sont étroitement liées. Leur catégorisation ne doit pas amener à faire oublier cette donnée. Elle nous permet cependant, au-delà des situations particulières au Bénin, de mieux comprendre les mécanismes généraux qui peuvent participer à entraver l'accès à la justice. Cette classification se rapproche de celle utilisée par les tenants de l'approche État de droit. Nous faisons le choix de l'utiliser, tout en incluant le plus possible la question des besoins des justiciables. Cette innovation provenant des approches empowerment par le droit, accès à la justice et microjustice nous permet de broser un tableau beaucoup plus complet de la situation.

2.2.1 Les raisons techniques : un système juridique inadapté

Les facteurs entravant l'accès au système juridique peuvent être de nature technique. Nous nous permettons d'évoquer trois de ceux-ci, soit d'abord le manque de tribunaux, celui de personnels et enfin, la relative faiblesse de l'activité législative dans certains domaines.

Le manque de tribunaux

L'organisation judiciaire actuelle du Bénin découle d'une loi en vigueur depuis 2002¹²⁹. Malgré le temps écoulé, plusieurs dispositions ne sont toujours pas effectives, notamment faute de moyens. La loi prévoit la création de quatre juridictions, soit les tribunaux de conciliation, les tribunaux de première instance, les cours d'appel et la Cour suprême.

Les difficultés liées à l'accès physique au système judiciaire découlent directement de la non-effectivité de la loi de 2002. Celle-ci prévoyait la création de 28 tribunaux de première instance. À l'heure actuelle, seulement neuf de ces tribunaux existent, soit ceux de Cotonou, Porto-Novo, Ouidah, Abomey, Parakou, Lokossa, Kandi, Natitingou et Abomey-Calavi¹³⁰. Le retard dans la mise en place des autres tribunaux prévus fait en sorte que le territoire est couvert de manière très inégale. La majorité de la population, vivant dans le sud du pays, a l'avantage de ne pas avoir à parcourir une distance trop importante pour se rendre au tribunal.¹³¹ Un Béninois vivant dans le nord du pays n'aura pas cette chance. La distance moyenne effectuée par les justiciables se rendant à Kandi est de 65 km, de 80 km pour Natitingou et de 82 km pour aller à Parakou. La situation n'est guère mieux au centre du pays où la distance moyenne parcourue est de 75 km¹³².

Cette situation entraîne des frais additionnels qu'une partie de la population ne peut se permettre. Les déplacements ne sont pas toujours aisés dans les régions les plus éloignées d'un centre urbain. De plus, il n'existe pas de réseau de transport reliant les municipalités

¹²⁹ Loi portant organisation judiciaire en République du Bénin n° 2001-37 du 26 novembre 2001.

¹³⁰ Joseph Djogbenou, « Bénin : Le secteur de la justice et l'État de droit » (2010) Sénégal, Open Society Institute, en ligne : AfriMap <http://www.afri-map.org/english/images/report/AfriMAP_Benin_Justice_Principal.pdf>, à la p. 103.

¹³¹ *Ibid.* La distance moyenne parcourue pour se rendre aux tribunaux de Cotonou et Ouidah était de 17 km. Celle-ci doit avoir maintenant diminué, car au moment de compiler ces chiffres, le tribunal d'Abomey-Calavi n'était toujours pas en place. Cette ville de banlieue est située à environ une quinzaine de kilomètres de Cotonou.

¹³² *Ibid.* La création du tribunal d'Abomey-Calavi ne devrait pas avoir une incidence sur la distance parcourue par les justiciables résidant dans le nord, celui-ci étant de toute manière trop éloigné. Nous avons donc fait le choix d'inclure tout de même ces chiffres.

d'une même région. Ce sont en majorité des taxis et de petits autobus qui permettent ce genre de déplacements. Aussi, si une distance de moins de 100 km peut nous paraître assez courte, il en va autrement dans un pays où les routes entre les villages ne sont pas nécessairement asphaltées¹³³, où lors de la saison des pluies plusieurs deviennent impraticables et où de nombreux villages sont coupés en deux par une autoroute, forçant les véhicules à réduire grandement leur vitesse. Une distance de 80 km peut donc, dans ces conditions, nécessiter plusieurs heures. Selon le temps que prendront les procédures au tribunal ou la rencontre avec un avocat, un aller-retour peut ne pas être possible en une seule journée, en partie parce que peu de déplacements sont effectués la nuit. Le manque d'éclairage sur les routes conjuguées à l'insécurité qui y règne¹³⁴ décourage les gens de voyager une fois la journée terminée. La nécessité de rester plus d'une journée dans la ville abritant un tribunal amène des frais de subsistance supplémentaire et des pertes en salaire dans certains cas.

L'éloignement géographique des tribunaux a pour conséquence de faire en sorte que pour beaucoup de Béninois, le système judiciaire se réduit « pratiquement [...] à un seul degré de juridiction »¹³⁵. Se rendre à une des trois cours d'appel, situées à Cotonou, Abomey et Parakou, étant très difficile, peu de Béninois pauvres envisagent la possibilité d'utiliser ces juridictions.

Le manque de personnel

Un autre frein important à l'accès à la justice est le manque de personnel qualifié. Le pays ne compte que 146 avocats¹³⁶ inscrits au Barreau, alors que la population s'élève à plus

¹³³ En fait, moins de 10% des routes béninoise sont pavées (1400km sur un total de 16000km). CIA, The World Factbook, *supra* note 54.

¹³⁴ Voir à ce sujet les nombreux articles de journaux relatant des « braquage » sur les routes du Bénin. Yao Hervé Kingbêwé, « Dégradation de la voie Sèhouè-Bohicon: une véritable source d'insécurité » *La nouvelle tribune* (9 octobre 2012) en ligne : [La nouvelle tribune](http://www.lanouvelletribune.info) <<http://www.lanouvelletribune.info>>. ; Joël M.Tchogbé, « Sept (7) malfrats abattus à Kpahou » (3 octobre 2012) en ligne : *la nouvelle tribune* <<http://www.lanouvelletribune.info>>.

¹³⁵ Fédération internationale des Ligues de Droits de l'Homme, « La justice au Bénin : corruption et arbitraire » (2004) en ligne : FIDH <<http://www.fidh.org/IMG/pdf/benin394fr-2.pdf>> [FIDH], à la p. 6.

¹³⁶ Commission pour la démarginalisation des pauvres par le droit et PNUD, *Étude sur l'habilitation juridique des pauvres : Accès à la justice et État de droit*, en ligne : Commission pour la

de neuf millions d'habitants¹³⁷. En comparaison, le Québec avec une population de plus de 8 millions compte 22 500 avocats inscrits au Barreau¹³⁸. En plus de ne pas être assez nombreux, la majorité des avocats ont leur bureau à Cotonou¹³⁹, centre économique du pays. Cette situation entraîne une très grande inégalité dans l'accès à des conseils et informations juridiques. Les gens habitant à l'extérieur de cette ville doivent s'adresser à des associations et des ONG¹⁴⁰, ou demander conseil auprès des autorités et des chefs coutumiers. Un des résultats de cette situation est que plusieurs Béninois se retrouvent devant les tribunaux sans avoir les moyens de requérir les services d'un avocat.¹⁴¹

Il ne manque pas seulement d'avocats, mais aussi d'huissiers alors que ceux-ci seraient au nombre de 28¹⁴². Cette situation est inquiétante, car ils sont des acteurs de première importance au sein du système judiciaire béninois. Juriste de proximité¹⁴³, l'huissier participe activement à rendre les décisions judiciaires effectives en « mettant à exécution les décisions de justice ainsi que les actes ayant force exécutoire »¹⁴⁴

Le manque de personnel a encore une autre conséquence importante : il tend à ralentir le rendu de la justice. Cette lenteur judiciaire s'explique en partie par le fait que les différents acteurs du système judiciaire se trouvent submergés par un nombre trop important

démarginalisation des pauvres par le droit, PNUD < http://www.undp.org/legalempowerment/reports/National%20Consultation%20Reports/Country%20Files/6_Benin/6_3_Access_to_Justice.pdf > [Étude sur l'habilitation juridique], à la p. 34.

¹³⁷ CIA, *The world factbook*, *supra* note 56.

¹³⁸ Statistiques sur le Barreau et les avocats, en ligne : Barreau du Québec <<http://www.barreau.qc.ca/fr/barreau/donnees/index.html>>.

¹³⁹ Noel Ahonagnon Gbaguidi et William Kodjoh-Kpakpassou, « Introduction au Système juridique et judiciaire du Bénin » (Mars, Avril 2007), en ligne : New-York University School of Law, GlobalLex <<http://www.nyulawglobal.org/globallex/BENIN.htm>> et aussi Étude sur l'habilitation juridique, *supra* note 136, à la p. 34.

¹⁴⁰ Étude sur l'habilitation, *ibid.*

¹⁴¹ *Ibid.*, et aussi FIDH, *supra* note 135, à la p. 6.

¹⁴² Hippolyte Djiwanni, « Me Hortense Bankolé : L'huissier de justice participe à la sécurité des échanges économique » en ligne : EconomieBenin <http://www.economiebenin.org/index.php?option=com_content&view=article&id=676:me-hortense-bankole-llhuissier-de-justice-participe-a-la-securite-des-echanges-economiquesr&catid=143&Itemid=125>.

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ Gbaguidi et Kodjoh-Kpakpassou, *supra* note 139.

de dossiers. Cela semble particulièrement être le cas pour les magistrats¹⁴⁵. Alors qu'ils étaient 105 en 2008, près du tiers exerçaient leur fonction à Cotonou.¹⁴⁶ Il n'existe aucune loi ou règlement fixant ce que devrait être un délai raisonnable pour traiter une affaire¹⁴⁷. Dans la pratique, en matière civile une durée de plus de trois ans pourrait être considérée comme excessive par la Cour constitutionnelle, mais il n'est pas rare de voir des cas dont la durée dépasse cinq ans¹⁴⁸. Cette lenteur contribue grandement à l'image négative de la justice béninoise auprès des justiciables.¹⁴⁹

La faiblesse de l'activité législative

Cet aspect relève plutôt de la sphère politique, mais en plus d'illustrer en partie l'attitude de l'État béninois face au système judiciaire, il en influence grandement le fonctionnement. Beaucoup de textes de lois en vigueur sont des vestiges de la colonisation et n'ont été que partiellement, ou pas du tout modifiés depuis l'indépendance. Des réformes majeures sont nécessaires à ce niveau. À titre d'exemple on peut citer le cas du Code pénal. Adopté suite à l'indépendance du pays, il est calqué sur le Code pénal français de 1958.¹⁵⁰ L'utilisation d'un code aussi vieux entraîne la nécessité d'avoir à fréquemment en modifier des articles. Ce fut le cas en 1961¹⁵¹ et en 1989¹⁵² pour lutter contre la corruption, en 1973 et 1987¹⁵³ notamment

¹⁴⁵ Étude sur l'habilitation juridique, *supra* note 136, à la p. 34.

¹⁴⁶ Institut national de la statistique et de l'analyse économique de la République du Bénin, « Tableau de bord social 2008-Profiles socio-économiques et indicateurs de développement » en ligne : INSAE <http://www.insae-bj.org/2012/doc/Tableaubord/Tableau%20de%20Bord%20Social%20edition%202008_doc_final.pdf>, à la p. 34.

¹⁴⁷ Djogbenou, *supra* note 130, à la p. 108.

¹⁴⁸ *Ibid.*, à la p. 109.

¹⁴⁹ *Ibid.*, à la p. 112.

¹⁵⁰ Habilitation juridique des pauvres, *supra* note 136, à la p. 35.

¹⁵¹ Loi réprimant la corruption, la concussion et les délits assimilés (modification des articles 169, 170, 171, 174 et 177 du Code pénal), n° 1961-04, 26 janvier 1961 en ligne : Secrétariat général du Bénin <<http://sgg-benin.bj/index.php/documentheque/lois/12-liste-chronologique-des-lois-promulguees-de-1958-a-1972?showall=1&limitstart=>>.

¹⁵² Loi portant modification de certaines dispositions du Code pénal réprimant les détournements, la corruption, la concussion et autres infractions assimilées, n° 1989-03. 15 mai 1989, en ligne :

pour s'attaquer à la question de la traite de personnes¹⁵⁴. En plus de ces changements, la Haute Cour de justice a aussi déclaré que les articles 336 à 339 étaient inconstitutionnels¹⁵⁵. Un projet de rédaction d'un nouveau Code est à l'œuvre, mais les députés ne se sont toujours pas prononcés sur le texte. Le Code de la famille est passé par le même processus, alors que les débats devant mener à son adoption ont duré neuf ans¹⁵⁶. Les raisons causant ce phénomène sont multiples:

Often difficulties in implementing laws can reflect defects in drafting. These derive not only from a scarcity of drafting and assessment skills, but also from a lack of clear guidelines governing drafting processes, overlapping drafting projects, non-review of the consistency of laws with the existing legal frameworks, or lack of detailed justification for the laws.¹⁵⁷

La lenteur dont fait preuve le Parlement oblige parfois les juges à rendre des décisions dans des cas pour lesquels la loi ne prévoit rien, forçant ceux-ci à innover et à rendre des verdicts sur la base de principes juridiques nouveaux¹⁵⁸ qui ne sont pas nécessairement suivis par les autres magistrats. En plus de placer les juges dans une situation inconfortable, l'incapacité des députés à agir rapidement pour mettre à jour la législation béninoise laisse à penser que l'accès à la justice et la mise en place d'un système efficace ne sont pas une priorité.

Secrétariat général du Bénin < <http://sgg-benin.bj/index.php/documenttheque/lois/12-liste-chronologique-des-lois-promulguees-de-1958-a-1972?showall=1&limitstart=>>.

¹⁵³ Loi abrogeant l'article 264 (nouveau) du code pénal et portant répression de certaines pratiques rétrogrades. n° 1987-11 du 21 octobre 1987, en ligne : Secrétariat général du Bénin < <http://sgg-benin.bj/index.php/documenttheque/lois/12-liste-chronologique-des-lois-promulguees-de-1958-a-1972?showall=1&limitstart=>>.

¹⁵⁴ Ordonnance modifiant les dispositions du Code pénal en ce qui concerne la traite des personnes et les enlèvements de mineurs n°1973-37 du 17 avril 1973.

¹⁵⁵ Cour Constitutionnelle du Bénin, décision DCC 09-081, en ligne : CCB <http://www.cour-constitutionnelle-benin.org/doss_decisions/09081.pdf>.

¹⁵⁶ Étude sur l'habilitation juridique, *supra* note 136, à la p. 35 et Boko Nadjjo, *supra* note 51, à la p. 3.

¹⁵⁷ Programming for Justice, *supra* note 102, à la p. 53.

¹⁵⁸ Étude sur l'habilitation juridique, *supra* note 136, à la p. 36. Cette information nous a aussi été donnée lors d'un entretien avec Mme Elisabeth Koudenoukpo Djekete, lorsqu'elle était directrice de la Direction de la Famille au Ministère de la famille et de la solidarité du Bénin.

2.2.2 Les raisons sociologiques

La tradition

Nous avons tenté dans le premier chapitre de décrire sommairement les principes de base des droits traditionnels africains. Le système judiciaire mis en place depuis l'indépendance est basé sur des valeurs occidentales puisqu'il est fortement inspiré par la France. Ces valeurs et modes de fonctionnement sont parfois en adéquation avec celles de la tradition. Que ce soit à tort ou à raison, une partie importante de la population béninoise continue à accorder sa confiance avant tout aux élites traditionnelles¹⁵⁹. Beaucoup de causes ne sont pas portées devant les tribunaux, ou le sont seulement en dernier recours. Une étude visant à répertorier les différentes structures vers lesquelles se tournent les justiciables béninois en cas de conflit révélait qu'un peu plus du tiers des besoins en matière de justice était comblé par les institutions étatiques. La majorité des conflits sont portés oralement auprès des chefs de collectivité, des rois et les chefs de famille. Aussi, les cas se retrouvant devant les tribunaux ont très souvent fait l'objet de recours devant les instances coutumières en premier lieu.¹⁶⁰

Cette situation s'explique en partie par la méfiance de nombreuses personnes face à la justice moderne et à ceux qui l'exercent. Les huissiers de justice souffrent d'une très mauvaise réputation¹⁶¹. Il en est de même pour les avocats qui sont accusés de ne pas traiter les dossiers des clients démunis avec beaucoup de sérieux, alors que les juges sont perçus comme étant corrompus¹⁶². Au-delà des acteurs, c'est la procédure elle-même qui a mauvaise

¹⁵⁹ Néanmoins, il est constaté que la population béninoise accepte plus facilement les verdicts des chefs religieux et chefs de village que les décisions de la Justice "moderne" voir Fonds Européen de Développement, « Bénin : profil Gouvernance » (2009) en ligne : FED < http://eeas.europa.eu/delegations/benin/documents/eu_benin/profil_gouvernance_fr.pdf > à la p. 12.

¹⁶⁰ Étude sur l'habilitation, *supra* note 136, à la p. 41.

¹⁶¹ Djiwann, *supra* note 142 et Étude sur l'habilitation juridique, *ibid.*, à la p. 38.

¹⁶² Mahaman Tidjani Alou, « La corruption dans la justice au Bénin, au Niger et au Sénégal » (2005) 39 Études et travaux du Laboratoire d'études et recherches sur les dynamiques sociales et le développement local, en ligne : LASDEL <<http://www.lasdel.net/spip/IMG/127.pdf>>, à la p. 12.

presse. Ressenti comme une guerre¹⁶³, un procès est un évènement majeur qui peut affecter les liens entre deux familles, et ce, sur plusieurs générations. L'isolement social est donc vu comme une des conséquences possibles à l'utilisation du système judiciaire. La recherche de l'harmonie étant une valeur centrale des droits traditionnels africains, la perturbation de celle-ci n'a pas qu'un effet sur l'individu ayant troublé l'ordre, mais aussi sur ceux qui n'auraient pas utilisé les bons moyens pour son retour. C'est pourquoi la peur de l'ostracisme¹⁶⁴ est un autre frein à l'accès à la justice.

Le système est perçu comme inégalitaire parce qu'il favoriserait les justiciables ayant le plus de moyens, ou des contacts leur permettant d'influencer l'issue de la procédure¹⁶⁵. Une des conséquences de ce sentiment est la peur d'avoir à utiliser les instances judiciaires. La possibilité de faire valoir ses droits face à quelqu'un ayant plus de pouvoir au sein de la communauté est perçue comme étant dangereuse. Les risques de représailles et d'intimidation sont parfois présents et assez élevés pour dissuader une personne de demander justice.

La méconnaissance du fonctionnement du système judiciaire

Un des défis auquel fait face le système judiciaire vient du peu de connaissances de la population sur son fonctionnement¹⁶⁶. Les raisons expliquant cette situation sont multiples.

Le manque d'éducation

Le Bénin est un des pays les plus pauvres de la planète. L'indice de développement humain du pays le classe au 167^e rang sur les 187 États pour lesquels des statistiques sont

¹⁶³ Étude sur l'habilitation juridique, *supra* note 136, à la p. 37.

¹⁶⁴ Programming for Justice, *supra* note 102 à la p. 158.

¹⁶⁵ Tidjani Alou, *supra* note 162, à la p. 9.

¹⁶⁶ «A related obstacle is the poor's limited legal awareness and knowledge of the law and their rights. » Voir la note de bas de page 33 dans Van Rooij, *supra* note 104, à la p. 296.

disponibles¹⁶⁷. Le PIB par habitant s'élève à 359 \$ US¹⁶⁸. Malgré les efforts de la part de l'État pour remédier à la situation, l'analphabétisme est encore un problème majeur. Seulement 41.7 %¹⁶⁹ des gens de plus de 15 ans sont capables de lire et écrire. Si heureusement ce nombre est amené à diminuer dans le futur¹⁷⁰, le peu d'importance accordée à l'éducation des adultes laisse présager qu'une faible portion de ceux qui sont analphabètes verra leur situation changer. L'éducation primaire et secondaire se dispensant en français, ces données nous permettent de savoir quel pourcentage de la population lit et écrit cette langue. Malheureusement, il ne nous a pas été possible de trouver des données semblables s'appliquant aux langues locales. Il est toutefois important de noter que très peu de gens savent lire et écrire ces langues. S'ajoute à cela la problématique de la langue nationale, le français. Il est utilisé dans l'administration et c'est la langue d'enseignement à partir du niveau primaire. Généralement, les personnes qui n'ont pas eu la possibilité d'intégrer le système d'éducation ne le parlent et ne le comprennent pas. Cette situation pose de nombreux défis à l'accès à la justice.

Premièrement, l'analphabétisme peut être un frein réel à l'utilisation du système judiciaire. Comment retenir les services d'un avocat lorsqu'on ne parle pas le français? Dans la majorité des cas il sera possible d'en trouver un partageant la langue maternelle du citoyen. Mais cela implique de contacter un avocat faisant partie de la même ethnie. Aussi, le manque d'éducation ajouté à la préférence pour le droit traditionnel fait en sorte que beaucoup de Béninois ne connaissent pas les bases du fonctionnement du système judiciaire.¹⁷¹ Ne sachant

¹⁶⁷ PNUD, *Rapport sur le développement humain : Durabilité et équité : Un meilleur avenir pour tous*, New-York, PNUD, 2011, [RDH : Durabilité et équité] à la p. 147.

¹⁶⁸ Fond monétaire international, « Afrique subsaharienne : Résilience et risques » (2010) en ligne : FMI <<http://www.imf.org/external/french/pubs/ft/reo/2010/afr/sreo1010f.pdf>>, à la p. 82.

¹⁶⁹ RDH : Durabilité et équité, *supra* note 167 à la p. 179.

¹⁷⁰ Avec un taux de scolarisation primaire de 92.8% et secondaire de 19.6%, l'analphabétisme des plus de 15 ans est amené à diminuer progressivement. PNUD, *Rapport sur le développement humain : La vraie richesse des nations : Les chemins du développement humain*, New-York, PNUD, 2010, [RDH : Vraie richesse des nations] à la p. 218.

¹⁷¹ Étude sur l'habilitation juridique, *supra* note 136, à la p. 43. Sur la question de la méconnaissance du droit et des mécanismes de la justice chez les populations défavorisées, voir Access to Justice, Practice Note, *supra* note 103, aux p. 4 et suivantes.

à qui demander conseil en cas de problème, ce sont vers les chefs traditionnels (rois, chefs de village et chefs de famille) qu'ils se tournent, comme nous l'avons déjà signalé plus haut.¹⁷²

Deuxièmement, l'incapacité de la majorité de la population à lire un texte en français ne facilite pas la diffusion des textes de loi. Ceux-ci sont publiés dans le Journal Officiel. De l'indépendance jusqu'aux années 1980 il paraissait deux fois par mois. Puis, faute de financement, seuls les textes des accords internationaux signés par le Bénin y furent inscrits. Ce n'est qu'en 1990 que son plein rôle lui est redonné et qu'on recommence à y publier les lois, décrets et règlements¹⁷³. Toutefois, les textes n'y sont publiés qu'en français et lorsqu'on ajoute à cela le fait que le Journal Officiel n'est pratiquement disponible qu'à Porto-Novo et Cotonou, on comprend que la question de la diffusion des lois se pose comme un problème sérieux. D'autres voies pour publiciser l'information ayant trait à la justice existent, notamment des campagnes d'information dans les médias et la sensibilisation. Aussi, certaines ONG sont très actives sur ce terrain, notamment en traduisant en langues locales des textes de vulgarisation.¹⁷⁴ Il serait erroné de penser que ces initiatives sont suffisantes. Encore une fois, les populations du sud du pays sont mieux desservies par de tels services que les communautés rurales du nord.

La distance

Ici, il n'est pas question de la distance physique entre les justiciables et la justice. Nous souhaitons plutôt aborder la question de l'éloignement causé par une justice et un système basé sur des valeurs et des référents culturels étrangers à ceux de la population. Le décorum entourant l'exercice du droit en fait un rituel pouvant être particulièrement intimidant pour celui qui y est confronté pour la première fois.

¹⁷² Il serait intéressant d'utiliser cette dynamique, notamment en offrant une formation de parajuriste aux élites traditionnelles. Nous aborderons cette question dans le chapitre suivant.

¹⁷³ Djogbenou, *supra* note 130, à la p. 101.

¹⁷⁴ C'est notamment le cas de l'Association des femmes juristes du Bénin qui a produit de la documentation sur le Code de la famille en fongbe et en dendi. L'organisation Wildaf a quant à elle procédé à la distribution d'un cd contenant de l'information juridique chantée en dendi, fon, yoruba et Bariba.

Peu de recherches ont été entreprises sur cette question, pourtant, elle est quelques fois évoquée dans les directives servant à encadrer et planifier des projets de réformes¹⁷⁵. Pourtant, il devrait être possible de rapprocher l'institution de la justice des populations sans nécessairement porter atteinte à sa dignité ni réduire son importance :

Intimidation can be an important factor preventing people from seeking justice under formal systems. Unfamiliarity of formal procedures and the formal court atmosphere can be an obstacle. As traditional forms of justice are often conducted in the local language and follow local customs, people are less likely to be intimidated by the proceedings.¹⁷⁶

Martín Abregú aborde rapidement cet aspect dans un de ses articles et amène des points très intéressants sur lesquels bâtir une réflexion. Il donne des exemples qui expriment très bien ce que nous entendons par distance entre la justice et les justiciables. Ils recoupent des catégories déjà existantes et dont nous avons précédemment parlé, notamment la distance physique et l'état des tribunaux ainsi que la problématique de la langue. Cependant, il nous semblait important d'aborder ces éléments sous cet angle particulier.

Abregú classe les obstacles rencontrés par les justiciables en deux catégories correspondant chacune à des facteurs internes ou externes au système lui-même. Les obstacles de nature opérationnelle relèvent principalement de l'administration de la justice. Ces problèmes sont assez facilement réglés par des programmes concentrant leur action sur les ministères et les membres de la magistrature. Les obstacles structurels sont par nature beaucoup plus complexes et relèvent de l'organisation du système de justice :

[...] those that are not just judicial problems but, on the contrary, are problems that have to do with the very basic forms of societal organization. These issues are prior

¹⁷⁵ Programming for justice, *supra* note 102, à la p. 138.

¹⁷⁶ *Ibid.*

to the judicial response to any specific case brought before a tribunal, but are inherently linked to the administration of justice.¹⁷⁷

Les exemples donnés d'obstacles structurels se rapprochent de l'idée de distance évoquée plus haut. Il peut alors s'agir d'un système conçu pour remplir ses propres besoins avec des tribunaux situés uniquement au centre de grandes agglomérations urbaines, dont le rituel particulier et le langage technique intimidant et difficilement accessible, surtout pour les gens ayant une faible maîtrise de la langue utilisée¹⁷⁸, démontrent l'attachement à une tradition particulière, et ce, au détriment du côté pratique. Mais le problème peut aussi émaner du peu de ressources et d'effort alloué à vulgariser les droits fondamentaux des citoyens, ce qui profiterait grandement aux plus démunis

[...] even though many people may be aware of their rights, in most cases they do not think about their everyday conflicts from a rights-based point of view. Therefore, they do not even consider the possibility of filing a complaint before a tribunal. The right to access to justice could be described, in this sense, as the most ignored right, since, for a full understanding of this right, a person has to (a) be aware of his or her rights, (b) be aware that there is also a right to exercise those rights, and (c) be used to reading some of his or her social conflicts as legal questions. »¹⁷⁹

Améliorer l'accès à la justice c'est donc aussi prendre en compte ces éléments. Il ne s'agit pas seulement de décentraliser son administration, et de diversifier les lieux où elle est rendue, mais aussi de repenser ses lieux pour en rendre l'accès convivial. Pour Abregú, les tribunaux devraient être des lieux ouverts qui n'intimident pas les usagers. Il en est de même pour le langage juridique, qui être expliqué et vulgarisé.¹⁸⁰

¹⁷⁷ Martin Abregú, " The Challenges of Access to Justice " dans Rudolf Van Puymbroeck dir., *Comprehensive Legal and Judicial Development - Towards an Agenda for a Just and Equitable Society in the 21st Century.*, Washington D.C., The World Bank, 2000, 53, à la p. 75.

¹⁷⁸ *Ibid.*, à la p. 76.

¹⁷⁹ *Ibid.*, à la p. 79.

¹⁸⁰ *Ibid.*

Le genre

En début de chapitre nous nous sommes brièvement attardés sur l'importance de l'accès à la justice, notamment dans la lutte à la pauvreté et pour un respect accru des droits humains. Nous avons aussi abordé la question de l'accès difficile pour les personnes en situation de pauvreté. Cependant, le genre est un autre aspect important permettant de comprendre les inégalités observées dans l'accès à la justice. Les difficultés rencontrées par les femmes sont multiples et interviennent à toutes les étapes.

Il semblerait qu'elles soient plus nombreuses à utiliser la justice traditionnelle.¹⁸¹ Ce n'est pas problématique en soi, cependant, comme nous l'avons expliqué précédemment, le processus de rédaction du coutumier du Dahomey a figé certaines règles et en a parfois empêché leur évolution. Nous avons déjà évoqué la distorsion des droits traditionnels lors du processus de rédaction. Les glissements de sens proviennent en partie de la traduction et de la recherche de mots équivalents entre les langues africaines et européennes. Une autre source de confusion provient du fait que la rédaction n'a pas été réalisée par un processus participatif, permettant aux populations de réviser ce qui avait été écrit. Les autorités coloniales ont traité directement avec les élites locales. Les intérêts de celles-ci à officialiser certaines normes plutôt que d'autres doivent donc être pris en ligne de compte :

This official customary law and justice systems was reinforced by other factors during the colonial period such as the codification of customary law in the name of certainty, the application of customary rules by Europeans who were ignorant of the rules that they were supposed to be applying to settle disputes and who in turn relied on traditional male elders, assessors, witnesses to give them the rules

¹⁸¹ Selon une étude menée en Zambie. Maitrayee Mukhopadhyay et S. Quintero, *Gender and Access to Justice in Sub-Saharan African*, Amsterdam, KIT and CALS, 2008, en ligne : KIT < http://www.kit.nl/net/KIT_Publicaties_output/ShowFile2.aspx?e=1530 > à la p. 10.

that they wanted them to apply. Male elders had their own interests in distorting the norms and rules that were being fed into the courts.¹⁸²

Les règles coutumières sont maintenant inégalitaires dans plusieurs domaines, notamment lorsqu'il est question d'héritage et de propriété foncière. La rédaction des coutumes a empêché le processus naturel d'évolution des normes, ce qui leur aurait permis d'être plus en accord avec les valeurs d'une société en pleine mutation. Si la division sexuelle comme élément de division fonctionnelle pouvait faire sens dans le Dahomey du 18e siècle, il est de plus en plus difficile de maintenir cette position alors que les femmes intègrent le marché du travail, accèdent de plus en plus aux fonctions politiques et jouent un rôle nouveau au sein même de la famille :

Although customary practices can provide protection for vulnerable groups, they can also be a source of discrimination. The second-class status given to women in the social and customary norms of many societies is one such example. Other examples abound, especially in relation to violation of women's human rights through traditional, harmful practices, i.e., forced and early marriages, dowry, female genital mutilation, polygamy, to name a few.¹⁸³

Pourtant, les femmes continuent à utiliser ces forums. La raison se trouve en partie dans tous les éléments évoqués comme étant des freins à l'accès à la justice. Ceux-ci sont toujours pertinents, mais les femmes et les hommes peuvent en être affectés de manière différente. Par exemple, elles sont encore aujourd'hui plus nombreuses à être analphabètes.¹⁸⁴ De plus, comme ce sont elles qui font encore la majorité du travail domestique et qui s'occupent des enfants, quitter le domicile pour se rendre dans une ville abritant un tribunal de première instance ou une juridiction supérieure leur est plus difficile et a un plus grand impact sur le reste de la famille.

¹⁸² *Ibid.*, à la p. 9.

¹⁸³ Programming for Justice, *supra* note 102, à la p. 54.

¹⁸⁴ Pourtant, cette situation est appelée à changer dans le futur, les taux d'inscription au primaire et secondaire pour les filles et garçons étant de plus en plus rapprochés.

2.2.3 Les raisons économiques

Le coût

Les coûts relatifs à la justice sont un facteur important pour comprendre la popularité des instances coutumières et traditionnelles au détriment des mécanismes officiels. Avant même le début de l'affaire, le citoyen devrait déboursier un montant d'environ 65 900 francs CFA¹⁸⁵ (environ 130 \$) pour un litige de nature civile. Ce montant est assez élevé quand on considère que le PIB par habitant n'est que de 1 508 \$¹⁸⁶. Les frais d'ouverture de dossier ne sont que la première partie d'une longue suite de dépenses pouvant rendre le système judiciaire inaccessible par ses coûts prohibitifs. En ajoutant à cela les frais d'avocat, les déplacements¹⁸⁷ et les pertes en salaire, il n'est pas surprenant que de nombreuses personnes se tournent vers des moyens alternatifs de résolution de conflit. Les tribunaux de conciliation ne demandent qu'un montant de 2 000 francs CFA (environ 4 \$) lors du dépôt d'une requête.¹⁸⁸ L'utilisation de ce service est cependant freinée par sa présence effective dans la seule ville de Cotonou. Une audience avec un chef de famille ou une autre figure d'autorité traditionnelle n'implique cependant aucune dépense préalable. De plus, comme nous le verrons maintenant, lorsqu'il est question du coût de la justice au Bénin, il ne faut pas considérer que les seules dépenses officielles.

La corruption

Le Bénin est classé 94e sur une liste mesurant la perception de la corruption dans 174 pays¹⁸⁹. Celle-ci est donc très présente, et ce, sous de multiples formes. Une étude portant sur

¹⁸⁵ Ce montant sert en partie à rémunérer les huissiers, mais est aussi composé des frais d'ouvertures de dossier et d'achat de formulaires obligatoires. Djogbenou, *supra* note 130, à la p. 105.

¹⁸⁶ RDH : Durabilité et équité, *supra* note 167, à la p. 182.

¹⁸⁷ Étude sur l'habilitation juridique, *supra* note 136, à la p. 46.

¹⁸⁸ *Ibid.*

¹⁸⁹ Transparency International, Corruption Perceptions Index 2012 Results, en ligne : Transparency International <<http://www.transparency.org/cpi2012/results>>.

la corruption au Bénin, au Niger et au Sénégal dans l'administration publique¹⁹⁰ identifie les formes élémentaires de la corruption. On retrouve quatre formes de rétributions soit la commission versée pour service illicite, la rétribution indue d'un service public¹⁹¹, la gratification¹⁹² et le piston ou favoritisme au sein du système administratif. Il existe aussi une forme d'extorsion, le tribut qui « [...] est extorqué sans qu'aucune intermédiation ou aucun "service" (légal ou illégal) ne soit véritablement fourni. » Finalement, on trouve aussi des formes d'appropriation privative. La « perruque » et le « gombo » se traduisent par une utilisation privée du matériel, permettant de faire chevaucher le temps de travail avec une seconde activité rémunératrice. Le détournement quant à lui est une « véritable "appropriation", où l'origine publique du bien en question se "perd" ». Les formes en sont multiples, et vont du simple vol de fournitures de bureau au détournement de fonds.

La corruption touche aussi le système judiciaire et une affaire retentissante nous en a donné la preuve. L'«Affaire des faux» est une saga s'étalant sur de nombreuses années et qui met en lumière la corruption perpétrée par les magistrats, huissiers et autres acteurs de la justice béninoise. En 2004, un réseau de détournement est mis au jour au sein du système de justice. C'est 95 personnes qui auront eu à faire face à un procès pour « faux et usage de faux en écritures publiques et authentiques, corruption et détournement portant sur plusieurs milliards de francs CFA. »¹⁹³ Plus d'une soixantaine de personnes seront trouvées coupables.

Lorsqu'on parle de corruption il est frappant de constater que tous sont touchés, autant les plus nantis que les pauvres. Ils le seront cependant de manière différente. Corrompre un juge coûte cher, mais convaincre un huissier de forger un faux est plus abordable. Le raisonnement est le même lors que l'usager se fait extorquer. Les tarifs seront définis selon la capacité de payer de la victime. La corruption est un facteur majeur dans le

¹⁹⁰ Plus précisément dans les secteurs « des douanes et transports, justice, santé, marché public, fiscalité locale, projets de développement et dispositifs de lutte contre la corruption » voir Giorgio Blundo et Olivier de Sardan, *État et corruption en Afrique : une anthropologie comparative des relations entre fonctionnaires et usagers (Bénin, Niger, Sénégal)*, Paris, Karthala, 2007, à la p. 80.

¹⁹¹ Où un agent de l'État recevra une compensation pour un service censé être gratuit.

¹⁹² Souvent spontanée de la part de l'usager, il s'agit d'une rétribution visant à remercier quelqu'un pour un travail bien fait.

¹⁹³ Tidjani Alou, *supra* note 162, à la p. 9.

peu de confiance de la population envers les magistrats. « La justice est corrompue, les juges sont plus faux et plus corrompus que les autres fonctionnaires. »¹⁹⁴ Le procès de l'affaire des faux, s'il démontre que des actions sont faites pour enrayer la corruption, met aussi en lumière l'ampleur du phénomène.

Nous allons maintenant aborder une autre partie de notre recherche. La prochaine section portera principalement sur les droits culturels, mais tentera d'établir un lien entre le droit et la culture, dans le but de remédier à la problématique que nous venons d'exposer.

¹⁹⁴ Cité dans Tidjani Alou, *supra* note 162, à la page 10.

CHAPITRE 3

LES DROITS CULTURELS ET LE DROIT

COMME EXPRESSION CULTURELLE

Dans le chapitre précédent, nous avons présenté quatre approches différentes permettant d'appréhender les problèmes d'accès à la justice et proposant des solutions pour améliorer celle-ci. La variété des actions entreprises par les tenants de chacune de ces perspectives est grande et les projets mis en route contiennent tous des dimensions intéressantes. Cependant, comme nous l'avons déjà mentionné, elles ne nous apparaissaient pas entièrement satisfaisantes dans leur manière d'aborder la question de l'accès à la justice.

La popularité sans cesse grandissante des approches où l'action s'effectue sur les populations elles-mêmes (*bottom-up*) se comprend dans une perspective de réévaluation des enjeux du développement.¹⁹⁵ D'objectifs principalement économiques, les institutions qui œuvrent dans le domaine se sont mises à incorporer des objectifs de nature sociale, politique et en lien avec les droits humains. L'utilisation de l'Indice de développement humain¹⁹⁶ est un bon exemple de l'ouverture plus grande à des enjeux non économiques. La multiplication des programmes et projets visant à les mettre en œuvre peut aussi se comprendre comme une réaction à la vision statocentrée de la *Rule of Law Orthodoxy*. L'action *top-down* de cette théorie s'opérationnalisait le plus souvent dans des projets de grande envergure. Agir sur les

¹⁹⁵ Van Rooij, *supra* note 104, à la p.19.

¹⁹⁶ RDH : Durabilité et équité, *supra* note 167 à la p. 147.

instances gouvernementales, les lois et l'administration devait avoir une influence sur tous les usagers des différentes structures donc, de manière théorique, sur l'ensemble de la population. La réaction à cette vision s'est articulée autour des besoins des populations pauvres et marginalisées, que ce soit en développant une liste des besoins essentiels et en travaillant à partir de celle-ci, ou en s'appuyant sur l'édifice des droits humains :

The basic needs approach, which started in the 1970s, takes the poor as the basis and defines development as their needs. The ILO in 1976 for example outlined such needs in terms of personal consumption (food, shelter, and clothing), access to essential services (clean water, sanitation, education, transport and healthcare), access to paid employment, and qualitative needs (healthy and safe environment, ability to participate in decision-making). Another approach that works bottom-up has been the rights based or the human rights based approach to development, in which development is framed in terms of rights of the poor.¹⁹⁷

Les approches critiques visent donc une action sur la communauté et proposent des programmes en lien avec les besoins particuliers de leur milieu d'intervention. Cela répond à une autre critique importante des approches *top-down* : le manque de sensibilité envers la situation particulière des pays où l'on intervient. " Yet, despite the widespread agreement on this point, it seems that, in practice, a thorough analysis of the local context is rarely carried out either because of time constraints, shortage of resources or simply because there is no agreement on how it should be done. "¹⁹⁸ En tentant de reproduire un modèle idéal, qui n'existe la plupart du temps même pas dans les pays développés, on nie la réalité des populations et l'on perd temps et argent à mettre en place un modèle qui ne pourra jamais être efficace, entre autre à cause de la négation du droit comme système interagissant avec le politique et surtout le social.¹⁹⁹

¹⁹⁷ Van Rooij, *supra* note 104, à la p. 20.

¹⁹⁸ Julio Faundez, " Legal Reform in Developing and Transitional Countries. " dans Rudolf Van Puymbroeck dir., *Comprehensive Legal and Judicial Development - Towards an Agenda for a Just and Equitable Society in the 21st Century.*, Washington D.C., The World Bank, 2000, 369, à la p.378.

¹⁹⁹ Van Rooij, *supra* note 101, à la p. 22 et Upham, *supra* note 78, à la p. 8.

La définition même de l'État de droit est rarement mise en cause par ces approches, c'est plutôt l'idée d'agir exclusivement au niveau des institutions qui est perçue comme étant une défaillance. Les critiques remettent en question la possibilité de développement d'un pays comme résultat de ces interventions et principalement, l'effet sur la vie des populations les plus défavorisées.

Chacun des modèles présentés possède ses critiques propres. Si toutes les approches concentrant leur action directement sur les populations formulent différentes critiques, elles ne sont pas à l'abri de réserves énoncées à propos de leur propre efficacité. La critique la plus régulièrement soulevée réside principalement dans le lien entre le droit et le développement. Que ce dernier soit défini comme principalement économique ou social ne permet pas de faire taire ces réserves :

In addition one can wonder whether they are in accordance with other principles mentioned such as focusing also on non-state informal/traditional institutions, whether they are based on tailor-made locally based solutions, and finally what they do with vested interests.²⁰⁰

Cela nous amène à formuler notre critique principale face à toutes ces approches, autant statocentrées qu'alternatives. À l'exception des approches de *legal empowerment* et d'accès à la justice, où il arrive d'en voir quelques mentions, la culture est une dimension totalement absente de la réflexion. Quelques auteurs, comme Upham et Gotlub, font bien mention de celle-ci et les documents de mise en route des projets évoquent parfois cette question. Toutefois, nous n'avons pas pu trouver de projets financés par des bailleurs de fonds institutionnels qui intégraient directement une *dimension culturelle*. Pourtant, il nous semble que le contexte particulier de certains milieux exige une réflexion portant sur ces questions.

²⁰⁰ Van Rooij, *supra* note 101, à la p. 16.

Les deux premiers chapitres de cette recherche s'attardaient à décrire d'où viennent les droits traditionnels et quel est l'état du système judiciaire béninois à l'heure actuelle. Nous nous attarderons maintenant à la dimension culturelle de l'accès à la justice. Nous commencerons par faire un survol du système international de protection des droits culturels, puis nous tournerons notre regard vers une approche de rechange très intéressante, permettant d'entrevoir différemment la question de l'accès à la justice au Bénin, soit la protection du patrimoine culturel immatériel.

3.1 L'émergence des droits culturels dans la normativité juridique internationale

Dans cette section, nous aborderons, de manière successive, la normativité juridique propre à l'ONU, celle élaborée dans le cadre institutionnel africain, et, enfin, celle de l'UNESCO.

3.1.1 Instruments onusiens de portée générale

Même s'ils font actuellement l'objet d'un nouveau développement, les droits culturels ont toujours été présents dans l'histoire moderne du droit international des droits humains, quoique leur position a longtemps été marginale au sein de l'édifice des droits humains. Dès 1948, on en trouve mention dans la *Déclaration universelle des droits de l'homme*²⁰¹. C'est principalement l'article 27 qui permet de définir ce que sont ces droits qui, selon la *DUDH*, protègent l'accès à la culture, la participation à la vie culturelle et les droits d'auteur :

1. Toute personne a le droit de prendre part librement à la vie culturelle de la communauté, de jouir des arts et de participer au progrès scientifique et aux bienfaits qui en résultent.

²⁰¹ *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés. AG 217(111), Doc. off. AG NU, 3^e sess., supp. n°13, Doc. NU A/810 (1948). [*DUDH*].

2. Chacun a droit à la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur.²⁰²

L'article 24 est lui aussi directement lié aux droits culturels, même s'il est très souvent mis en lien avec le droit du travail. En proclamant que « toute personne a droit au repos et aux loisirs »²⁰³, la *DUDH* permet de faciliter l'accès et la participation à la vie culturelle.

La protection offerte par la *DUDH* n'est pas très étendue et cela résulte du fait qu'elle ne s'applique qu'à l'accès à la vie culturelle de la communauté. Un élément culturel n'est pas protégé si celui-ci ne fait pas partie de la vie culturelle d'une communauté à proprement parler. Certains patrimoines pourraient donc être exclus de cette protection, ne serait-ce que parce qu'ils ne font plus activement partie de ce qu'une communauté considérerait comme faisant partie intégrante de sa vie culturelle.

Si, à l'origine, la *DUDH* n'a pas en elle-même vocation à être un instrument juridiquement contraignant, il en va différemment des nombreux traités internationaux sur les droits humains élaborés sous les auspices des Nations Unies. L'un des instruments internationaux les plus importants lorsqu'on parle de droits culturels est le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*²⁰⁴. Certains droits culturels y sont protégés par l'article 15 :

1. Les États parties au présent Pacte reconnaissent à chacun le droit :

- a) De participer à la vie culturelle;
- b) De bénéficier du progrès scientifique et de ses applications;

²⁰² *Ibid.*, art. 27.

²⁰³ *Ibid.*, art. 24.

²⁰⁴ *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 16 décembre 1966, 993 R.T.N.U. 3 (entrée en vigueur : 3 janvier 1976, adhésion du Bénin le 12 mars 1992) [*PIDESC*].

c) De bénéficier de la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur.²⁰⁵

Cet article ressemble fortement à ce que retrouve dans la *DUDH*. On y fait une fois de plus référence à la « vie culturelle » sans définir ce terme. Ce sont les mêmes aspects qui sont protégés, soit la participation et la jouissance de droits découlant de la production artistique. On note que la mention des arts disparaît dans le Pacte. Le domaine scientifique est encore une fois intégré au sein de l'article. Ce lien entre science et culture ne se retrouve que dans ce traité ainsi que dans la *DUDH*. L'article 19 ayant trait à la recherche scientifique dans le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*²⁰⁶ protège, quant à lui, la liberté d'expression nécessaire à la recherche scientifique et à la créativité artistique.

Le *PIDESC* n'en demeure pas moins un instrument extrêmement important grâce aux autres droits qui y sont inscrits et auxquels on reconnaît une *dimension culturelle*. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels (CDESC) a développé cette dimension culturelle inhérente à chacun des droits garantis par le Pacte, au fil de ses Observations générales, adoptées pour clarifier et définir les différents aspects du Pacte. Par exemple, le droit à l'éducation doit être en adéquation avec la vie culturelle de la population desservie. On retrouve cette idée lorsqu'il est question de l'acceptabilité :

la forme et le contenu de l'enseignement, y compris les programmes scolaires et les méthodes pédagogiques, doivent être acceptables (par exemple, pertinents, *culturellement appropriés* et de bonne qualité) pour les étudiants et, selon que de besoin, les parents - sous réserve des objectifs auxquels doit viser l'éducation [...] ²⁰⁷

²⁰⁵ *Ibid.*, art. 15.

²⁰⁶ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171 (entrée en vigueur : 23 mars 1976, adhésion du Bénin le 12 mars 1992) [*PIDCP*].

²⁰⁷ CDESC, *Observation générale 13 : Le droit à l'éducation (art. 13 du Pacte)*, Doc. Off. CES 21^{ème} sess. 1999, Doc. NU E/C.12/1999/10, (c'est nous qui soulignons).

Il en va de même lorsqu'on parle de l'adaptabilité. Les programmes d'enseignements se doivent d'être flexibles et de s'adapter à l'environnement social ainsi que culturel²⁰⁸. Cette idée est répétée à de nombreuses reprises tout le long du texte, notamment pour réitérer l'importance d'adapter l'enseignement primaire et secondaire au contexte culturel dans lequel vit l'élève²⁰⁹. La reconnaissance de l'adéquation culturelle des droits humains est très importante, car elle est « une manifestation du principe de non-discrimination qui invite à prendre en compte lorsque cela est pertinent les diverses identités culturelles et demande une mise en œuvre des droits adaptée au contexte culturel dans lequel elle s'inscrit. »²¹⁰ C'est une façon de renforcer les droits culturels en leur reconnaissant un statut particulier.

Le *PIDCP* permet lui aussi la protection de droits culturels. Il le fait à travers l'article 27. La différence la plus importante avec les instruments juridiques précédents est la dimension plus restrictive de la protection, le droit de participer à la vie culturelle étant garanti spécifiquement à certaines minorités :

Dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue.²¹¹

Dans les deux pactes, l'article premier est le même : « Tous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel. »²¹² Lorsqu'il est question de culture, on peut comprendre cet article comme le droit pour les États de formuler leurs propres politiques culturelles. Ce droit n'est pas mentionné ailleurs dans les pactes, ni dans les autres conventions onusiennes protégeant les droits humains. Nous reviendrons plus

²⁰⁸ *Ibid.*

²⁰⁹ *Ibid.*

²¹⁰ Patrice Meyer-Bisch et Mylène Bidault, *Déclarer les droits culturels : Commentaire de la Déclaration de Fribourg*. Zurich, Schulthess Verlag, 2010, à la p. 29.

²¹¹ *PIDCP*, *supra* note 206, art. 27.

²¹² *PIDCP*, *supra* note 206, art. 1 et *PIDESC*, *supra* note 204, art 1.

tard sur un instrument juridique issu du système africain de protection des droits de l'Homme et qui aborde directement cet enjeu.

Instruments onusiens visant des catégories de personnes

Les droits culturels sont aussi protégés dans une multitude de conventions protégeant des groupes particuliers. Ainsi, lorsqu'il est question des enfants, plusieurs instruments visant à protéger leurs droits introduisent une dimension culturelle. Nous avons déjà vu que le droit à l'éducation comporte une notion d'adéquation culturelle. La *Convention relative aux droits de l'enfant*²¹³ reprend ce concept dans son article 29 où sont énumérés les objectifs de l'éducation :

c) Inculquer à l'enfant le respect de ses parents, de son identité, de sa langue et de ses valeurs culturelles, ainsi que le respect des valeurs nationales du pays dans lequel il vit, du pays duquel il peut être originaire et des civilisations différentes de la sienne;²¹⁴

La *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*²¹⁵ est très prudente dans son traitement des enjeux ayant trait à la culture. Il n'est pas possible d'ignorer que cette dernière a été mainte fois utilisée comme justification pour perpétuer des comportements discriminatoires. C'est la raison pour laquelle l'article 5 de la Convention enjoint les États de :

a) modifier les schémas et modèles de comportement socio-culturel de l'homme et de la femme en vue de parvenir à l'élimination des préjugés et des pratiques

²¹³ *Convention relative aux droits de l'enfant*, 2 septembre 1990, 1577 R.T.N.U. 3. (Entrée en vigueur : 2 septembre 1990, le Bénin a signé cette convention le 25 avril 1990.)

²¹⁴ *Ibid.*, art 29.

²¹⁵ *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, 18 décembre 1979, 1249 R.T.N.U. 13, (entrée en vigueur : 3 septembre 1981, le Bénin a signé cette convention le 11 novembre 1981.) [CEDEF].

coutumières, ou de tout autre type, qui sont fondés sur l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de l'un ou l'autre sexe ou d'un rôle stéréotypé des hommes et des femmes;²¹⁶

La culture, d'ailleurs, ne doit jamais servir à excuser le manque d'effort dans la poursuite de l'égalité entre les genres. L'article 13 vient renforcer cette idée en incitant à lutter contre les obstacles pouvant entraver l'accès des femmes à toutes les dimensions de la vie culturelle.²¹⁷ Ce principe est aussi énoncé dans une observation générale du Comité des droits de l'homme :

Les droits que l'article 27 du Pacte reconnaît aux membres des minorités pour ce qui est de leur langue, de leur culture et de leur religion ne sauraient autoriser un État, un groupe ou une personne à violer le droit des femmes d'exercer à égalité avec les hommes tous les droits énoncés dans le Pacte, y compris le droit à l'égale protection de la loi.²¹⁸

Le même principe apparaît dans une observation générale du Comité des droits économiques, sociaux et culturels où l'État se voit confier la responsabilité d'éliminer les pratiques qui peuvent nuire à l'atteinte de l'égalité :

[...] l'État partie doit notamment supprimer les obstacles institutionnels et juridiques ainsi que ceux reposant sur des pratiques néfastes – liées notamment à des coutumes et traditions – qui empêchent les femmes de participer pleinement à la vie culturelle, à l'enseignement des sciences et à la recherche scientifique²¹⁹.

Finalement, d'autres conventions renforcent le régime universel de protection des droits culturels. Par exemple, la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de*

²¹⁶ *Ibid.*, art 5.

²¹⁷ *Ibid.*, art 13.

²¹⁸ Comité des droits de l'homme, *Observation générale n° 28 : Égalité des droits entre hommes et femmes* (Art 3) 68^e sess., 1834^e séance, Doc. NU, CCPR/C/21/Rev.1/Add.10 (2000).

²¹⁹ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale n° 21 : Droit de chacun de participer à la vie culturelle* (art. 15, par. 1 a), du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels 43^e sess, Doc. NU, E/C.12/GC/21 (2009)

*discrimination raciale*²²⁰ contient un article visant à éliminer la discrimination de nature raciale dans l'accès aux activités culturelles²²¹ tandis que la *Convention internationale sur la protection des droits des travailleurs migrants et des membres de leur famille* insiste sur le respect de leur identité culturelle²²². Pour sa part, la *Convention relative aux droits des personnes handicapées* appuie sur l'accès aux équipements physiques permettant de jouir de la culture, et ce, dès le préambule²²³. L'article 30 de cette Convention est consacré à la participation. Les deux enjeux les plus importants quant à l'accès sont la disponibilité de supports appropriés et de formats adaptés, ainsi que l'accès physique aux lieux. La Convention défend aussi des droits de création et de production, ainsi que la reconnaissance des identités culturelles propres à certains handicaps.²²⁴

On notera d'emblée que ces deux dernières conventions évoquent la notion d'identité culturelle. Nous reviendrons plus en détails sur ce concept, qui nous semble permettre un décloisonnement des droits culturels et tenir un rôle essentiel dans le lien que nous voulons construire entre l'accès à la justice et les droits culturels.

3.1.2 La protection des droits culturels dans le cadre institutionnel africain

En 1981 est adoptée la *Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples*. Le texte fait plusieurs fois mention de la culture et des valeurs propres au continent. Deux articles permettent la protection des droits culturels, dont l'article 17 :

1. Toute personne a droit à l'éducation.

²²⁰ *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, 21 décembre 1965, 660 R.T.N.U. 195, (entrée en vigueur : 4 janvier 1969, le Bénin a signé cette convention le 2 février 1967).

²²¹ *Ibid.*, art. 5(e) et (v).

²²² Voir les articles 17 et 31 de la *Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille*, 18 décembre 1990, 2220 R.T.N.U. 3, (entrée en vigueur le 1 juillet 2003, le Bénin a signé cette convention le 15 septembre 2005).

²²³ Voir le préambule (v) de la *Convention relative aux droits des personnes handicapées*, 30 mars 2007, 2515 R.T.N.U. 3, (entrée en vigueur : 3 mai 2008, le Bénin a signé cette convention le 8 février 2008).

²²⁴ *Ibid.*, art. 30.

2. Toute personne peut prendre part librement à la vie culturelle de la Communauté.

3. La promotion et la protection de la morale et des valeurs traditionnelles reconnues par la Communauté constituent un devoir de l'État dans le cadre de la sauvegarde des droits de l'homme.²²⁵

Cet article est révélateur par l'association d'idées qu'on y retrouve. Comme nous l'avons vu précédemment, jusqu'à la fin des années 70, la protection des droits culturels était majoritairement associée à la création et à la protection des intérêts matériels pouvant en découler. L'interprétation du PIDESC a évolué depuis, au point d'insister désormais sur la composante culturelle de chacun des droits. La Charte africaine rend cette dernière notion explicite lorsqu'il est question d'éducation. La culture n'est donc plus seulement un objet dont on peut tirer un bénéfice matériel. Elle est aussi associée à la morale et aux valeurs partagées par la communauté.

L'article 22 vient lui aussi garantir le respect des droits culturels :

1. Tous les peuples ont droit à leur développement économique, social et culturel, dans le respect strict de leur liberté et de leur identité, et à la jouissance égale du patrimoine commun de l'humanité.

Si le texte peut paraître moins innovateur que l'article précédent, il faut toutefois souligner l'apparition de la notion d'identité des peuples. Absent des textes précédents, le concept permet de comprendre l'originalité de la Charte africaine. Ce ne sont pas seulement les droits humains qu'on tente de préserver, mais aussi la spécificité des valeurs du continent africain. Le préambule de la Charte aborde cette question : « Tenant compte des vertus de leurs traditions historiques et des valeurs de civilisation africaine qui doivent inspirer et caractériser leurs réflexions sur la conception des droits de l'homme et des peuples ».

²²⁵ *Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples*, 27 juin 1981, 1520 R.T.N.U. 268, (entrée en vigueur : 20 octobre 1986, le Bénin a ratifié cette charte 20 janvier 1986), art. 27.

L'accent devra être mis sur les valeurs africaines « positives » et c'est même un devoir de l'individu d'en faire la promotion²²⁶. C'est pourquoi on retrouve aussi à l'article 20 un droit assez rare, celui de ne pas subir de domination d'ordre culturel. Quelques décennies à peine après les premières indépendances et un peu moins de dix ans avant le mouvement qui mènera à la vague de démocratisation des années 1990, cette notion d'autonomie culturelle des peuples était toujours d'actualité. Le devoir de valorisation des traditions et valeurs africaines et le droit d'être libre de domination culturelle nous laissent croire que le continent africain offre un cadre juridique favorable à la protection d'un système juridique en raison de sa valeur culturelle,

Un protocole sur les droits des femmes a été ajouté à la Charte africaine et garantit sensiblement les mêmes droits que la Convention de l'ONU sur le même sujet. La différence réside dans l'ajout du droit de vivre dans un « environnement culturel positif » qui garantit la participation des femmes à l'élaboration des politiques culturelles²²⁷. Droit très rarement mentionné, la participation à l'élaboration des politiques traitant de la culture est pourtant essentielle pour garantir un processus démocratique et surtout participatif, qui ne définit pas ce qu'est une culture sans l'intégration de la vision de ceux qui l'animent et la font vivre.

La *Charte africaine des droits de l'enfant* réitère pour sa part dans son préambule l'importance des valeurs et traditions africaines,²²⁸ mais limite leur utilisation lorsqu'elles sont jugées incompatibles avec les droits humains²²⁹. Les droits énoncés sont les mêmes que dans la *Convention relative aux droits de l'enfant* (lien avec l'éducation et droit aux loisirs) et que dans la Charte Africaine (renforcement des éléments culturels et traditionnels positifs). Il

²²⁶ *Ibid.*, préambule et article 29.

²²⁷ *Protocole à la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples sur les droits des femmes*, 11 juillet 2003, 2^e sess ordinaire de l'Assemblée de l'Union africaine, (entrée en vigueur le 25 novembre 2005, le Bénin a ratifié ce protocole le 30 octobre 2005), art. 17.

²²⁸ « PRENANT EN CONSIDERATION les vertus de leur héritage culturel, leur passé historique et les valeurs de la civilisation africaine qui devraient inspirer et guider leur réflexion en matière de droits et de protection de l'enfant. ». *Charte africaine des droits de l'enfant*, 17 juillet 1990, 26^e Conférence des chefs d'État et de gouvernement de l'OUA, OAU Doc. CAB/LEG/24.9/49, (entrée en vigueur le 29 novembre 1999, le Bénin a signé cette charte le 27 février 1992 et ratifié le 17 avril 1997), préambule.

²²⁹ *Ibid.*, art. 1.

en va de même de la *Charte africaine de la jeunesse*²³⁰ où l'on retrouve encore une fois le droit de participer à la vie culturelle et celui de recevoir une éducation en lien avec sa culture. Il y est aussi question de reconnaître à sa juste valeur la contribution des jeunes à la production artistique et au développement de la culture. Leur apport doit être reconnu et valorisé tant dans la création que dans la préservation des valeurs traditionnelles.²³¹

Il existe enfin deux instruments juridiques contraignants portant spécifiquement sur la culture au niveau régional. La *Charte culturelle africaine*²³² a été adoptée par les membres de l'Organisation de l'Unité africaine en 1976. Cet instrument est intéressant à plusieurs égards. Premièrement, on y retrouve les mêmes éléments qui feront quelques années plus tard l'originalité de la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*. L'importance accordée à l'affirmation de la culture africaine est renforcée par une explication qui trouve racine dans le traumatisme engendré par la colonisation. La dévalorisation des traditions, des langues et l'attaque contre les systèmes traditionnels de résolution des conflits ainsi que les structures politiques préexistantes sont des expériences vécues à l'échelle du continent et expliquent l'importance accordée à l'idée de promotion de la culture comme vecteur de l'identité. La Charte protège autant l'accès à la vie culturelle que la diversité des expressions culturelles. Le rôle de l'éducation y est affirmé, tout comme celui des médias. De plus, l'article 7 traite de la démocratisation de la culture, enjeu très important dans un contexte où les élites nationales avaient souvent bénéficié d'une éducation complétée à l'étranger et étaient ainsi considérées comme acculturées²³³ :

Les États africains reconnaissent que la dynamique africaine se fonde davantage sur l'épanouissement de la personnalité collective que sur la promotion individuelle et

²³⁰ *Charte africaine de la jeunesse*, 2 juillet 2006, 2^e sess. ordinaire de l'Assemblée générale de l'UA, (entrée en vigueur le 8 août 2009, le Bénin a signé cette charte le 27 avril 2007).

²³¹ *Ibid.*, art. 26(n).

²³² *Charte culturelle africaine*, 5 juillet 1976, 13^e sess. ordinaire de l'Assemblée générale de l'OUA, (entrée en vigueur 19 septembre 1990, le Bénin a adhéré à la Charte le 10 août 1981).

²³³ *Ibid.*, préambule.

le profit et que la culture ne saurait être considérée comme un privilège réservé à une élite.²³⁴

Comme dans les autres instruments en lien avec les droits culturels, le processus de création culturelle, ainsi que les bénéfices en résultant, doivent être protégés, tout comme le patrimoine culturel africain.

En 2006, la *Charte culturelle africaine* a fait l'objet d'une réactualisation avec l'adoption par l'Union africaine de la *Charte de la renaissance culturelle africaine*²³⁵. Cette dernière doit remplacer la Charte de 1976. Bien que le Bénin ait signé ce traité le 14 janvier 2009, il n'a pas encore été ratifié. Cette Charte n'est d'ailleurs pas encore entrée en vigueur. Dès le préambule, on remarque un changement dans le ton employé. Si la première Charte culturelle utilisait un langage très militant basé sur l'idée de la libération des peuples par la résistance culturelle, la nouvelle mouture constate des progrès à cet égard et semble mettre l'accent sur le futur de la culture africaine et sur la façon dont celle-ci doit être promue. La mondialisation et l'émergence des technologies de l'information²³⁶ sont des préoccupations qui viennent s'ajouter au désir de développement économique, politique et social. Le préambule est intéressant à un autre égard. En effet, les rédacteurs y incluent une définition de ce qu'est pour eux la culture :

Affirmant que toute communauté humaine est forcément régie par des règles et des principes fondés sur la culture; et que la culture doit être perçue comme un ensemble de caractéristiques linguistiques, spirituelles, matérielles, intellectuelles et émotionnelles de la société ou d'un groupe social et qu'elle englobe, outre l'art et la

²³⁴ *Ibid.*, art. 17.

²³⁵ *Charte de la renaissance culturelle africaine*, 24 janvier 2006, 6^e sess. ordinaire de la Conférence des chefs d'État et de gouvernement de l'UA, (le Bénin a signé cette charte le 14 janvier 2009).

²³⁶ «Considérant que le processus de mondialisation facilité par l'évolution rapide des technologies de l'information et de la communication constitue à la fois un défi aux identités culturelles et à la diversité culturelle et nécessite une mobilisation universelle en faveur du dialogue entre les civilisations [...]». *Ibid.*, préambule.

littérature, les modes de vie, les manières de vivre ensemble, les systèmes de valeur, les traditions et les croyances [...].²³⁷

Cette définition est très large, et englobe autant la production culturelle que la vie culturelle. Nous reviendrons plus longuement sur ce document lorsque nous aborderons le sujet du patrimoine culturel. Cependant, mentionnons tout de suite que la Charte offre une protection très étendue des droits culturels et qu'elle le fait en matière d'aide à la création et protection des intérêts matériels qui en résultent, en obligeant les États à s'engager à promouvoir des expressions culturelles diversifiées grâce à l'éducation et aux médias, en protégeant le patrimoine matériel et immatériel ainsi qu'en garantissant la participation de tous à la vie culturelle.

3.1.3 L'activité normative de l'UNESCO

Agence spécialisée de la famille des Nations Unies, l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO) joue un rôle de premier plan dans le développement et le renforcement des droits culturels. L'énoncé de sa mission en témoigne :

La mission de l'UNESCO est de contribuer à l'édification de la paix, à l'élimination de la pauvreté, au développement durable et au dialogue interculturel par l'éducation, les sciences, la culture, la communication et l'information.²³⁸

À l'heure actuelle, l'action de l'UNESCO en matière de droits culturels s'articule principalement autour de deux thématiques, soit la protection de la diversité culturelle et la promotion du dialogue interculturel.

La première convention parrainée par l'organisme entre en vigueur le 16 septembre 1955. La *Convention universelle sur le droit d'auteur* sera actualisée en 1971²³⁹ et vient

²³⁷ *Ibid.*, préambule.

²³⁸ UNESCO, «À propos de l'UNESCO» en ligne: UNESCO

<<http://www.unesco.org/new/fr/unesco/about-us/who-we-are/introducing-unesco/>>.

préciser un droit que l'on retrouve déjà dans la *DUDH* et dans le *PIDESC*. La protection des droits d'auteur vise ultimement à favoriser la créativité et à mettre en place un contexte propice aux artistes afin qu'ils puissent profiter des bénéfices provenant de leurs œuvres. Le régime de protection doit toutefois veiller à garder un équilibre pour ne pas brimer inutilement l'accès à l'information et au savoir.²⁴⁰

La protection sera approfondie quelques années plus tard dans la *Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé*²⁴¹ de 1954, puis dans les protocoles de 1954 et 1999. Ce texte propose une définition de ce qu'est un bien culturel :

a. Les biens, meubles ou immeubles, qui présentent une grande importance pour le patrimoine culturel des peuples, tels que les monuments d'architecture, d'art ou d'histoire, religieux ou laïques, les sites archéologiques, les ensembles de constructions qui, en tant que tels, présentent un intérêt historique ou artistique, les œuvres d'art, les manuscrits, livres et autres objets d'intérêt artistique, historique ou archéologique, ainsi que les collections scientifiques et les collections importantes de livres, d'archives ou de reproductions des biens définis ci-dessus;

b. Les édifices dont la destination principale et effective est de conserver ou d'exposer les biens culturels meubles [...] ²⁴²

²³⁹ *Convention universelle sur le droit d'auteur, avec Déclaration annexe relative à l'article XVII et Résolution concernant l'article XI 1952*, UNESCO, 27 septembre 1955, 2937 R.T.N.U. 179, (entrée en vigueur le 6 septembre 1955, le Bénin n'est pas partie à cette convention).

²⁴⁰ Lucie Guibault, « Nature et portée des limitations et exceptions au droit d'auteur et aux droits voisins au regard de leurs missions d'intérêt général en matière de transmission des connaissances : l'avenir de leur adaptation à l'environnement numérique » (2003) *e.Bulletin du droit d'auteur*, en ligne : UNESCO <http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/CLT/pdf/Copyright-eBulletin-Oct_2003_fr.pdf> à la p. 6.

²⁴¹ *Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé*, UNESCO, 4 septembre 1954, 249 R.T.N.U. 216, (entrée en vigueur de la convention le 7 août 1956, le Bénin a adhéré à cette convention ainsi qu'aux deux protocoles le 17 avril 2012).

²⁴² *Ibid.*, art. 1.

Dans le contexte bien précis de cette convention, il semble assez normal de s'être penché plus en détails sur les objets culturels tangibles, plutôt que sur les expressions culturelles. La hiérarchie qui semble présente lorsqu'on évoque les œuvres qui possèdent « une grande importance pour le patrimoine » est plutôt le fait d'une vision se voulant réaliste de la situation appréhendée. Tous les biens ne pouvant être sauvegardés lors d'une situation aussi exceptionnelle et urgente qu'un conflit armé, on invite les États à accorder une attention particulière à ceux présentant une importance et une signification plus grandes.

L'Organisation poursuivra dans cette direction avec l'entrée en vigueur en 1972 de la *Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicite des biens culturels*²⁴³, puis avec un instrument fondamental : la *Convention concernant la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel*²⁴⁴. L'originalité du texte provient tout d'abord du lien entre culture et environnement²⁴⁵ et du développement de la protection du patrimoine de l'humanité. La Convention marque d'ailleurs le début d'une réflexion plus profonde sur ce sujet²⁴⁶, réflexion qui continuera à être développée dans les conventions suivantes. Avec ce texte naît la première liste²⁴⁷ recensant des sites, des monuments et des ensembles, ainsi que des monuments naturels, des formations géographiques et physiographiques et des sites naturels tels qu'ils sont définis aux articles 1 et 2 de la Convention. Le Bénin y a d'ailleurs inscrit les Palais Royaux d'Abomey, centre du royaume du Dahomey, en 1985. La *Convention sur la protection du patrimoine culturel subaquatique*²⁴⁸ viendra ensuite compléter cet instrument.

²⁴³ *Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels*, 14 novembre 1970, 823 R.T.N.U 231 (entrée en vigueur le 24 avril 1972, le Bénin n'est pas partie à cette convention).

²⁴⁴ *Convention concernant la protection du patrimoine mondiale, culturel et naturel*, 16 novembre 1972, 1037 R.T.N.U. 152, (entrée en vigueur le 17 décembre 1975, la convention a été ratifiée par le Bénin le 14 juin 1982).

²⁴⁵ UNESCO «La convention du patrimoine mondial» en ligne : UNESCO
<<http://whc.unesco.org/fr/convention/#Bref-historique>>.

²⁴⁶ Janusz Symonides, " Cultural Rights, a Neglected category of human rights" (1998) 50:158 *International Social Science Journal* 559, à la p. 563.

²⁴⁷ *Convention concernant la protection du patrimoine mondiale, culturel et naturel*, supra note 244, art. 11(b).

²⁴⁸ *Convention sur la protection du patrimoine culturel subaquatique*, 2 novembre 2001, 2562 R.T.N.U 72 (entrée en vigueur le 2 janvier 2009, ratifiée par le Bénin le 4 août 2011).

Le plus récent traité à voir le jour sous l'égide de l'UNESCO, la *Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles*²⁴⁹ est un outil d'une grande importance dans le domaine des droits culturels. La Convention inclut une longue section consacrée aux définitions de plusieurs termes qu'on trouve dans d'autres instruments sans qu'ils ne bénéficient d'une définition. Ainsi, la diversité culturelle :

[...] renvoie à la multiplicité des formes par lesquelles les cultures des groupes et des sociétés trouvent leur expression. Ces expressions se transmettent au sein des groupes et des sociétés et entre eux.

La diversité culturelle se manifeste non seulement dans les formes variées à travers lesquelles le patrimoine culturel de l'humanité est exprimé, enrichi et transmis grâce à la variété des expressions culturelles, mais aussi à travers divers modes de création artistique, de production, de diffusion, de distribution et de jouissance des expressions culturelles, quels que soient les moyens et les technologies utilisés.²⁵⁰

Dans l'esprit de cette convention, la culture peut donc se comprendre comme l'expression des individus et des groupes. La multiplicité dans laquelle celle-ci se manifeste compose l'essence de la diversité culturelle. Cette diversité est nécessaire dans le phénomène de l'interculturalité, concept dont on trouve pour la première fois une mention dans un instrument juridique contraignant :

« Interculturalité » renvoie à l'existence et à l'interaction équitable de diverses cultures ainsi qu'à la possibilité de générer des expressions culturelles partagées par le dialogue et le respect mutuel.²⁵¹

²⁴⁹ *Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles*, 20 octobre 2005, 2440 R.T.N.U. 311, (entrée en vigueur le 18 mars 2007, le Bénin l'a ratifiée le 20 décembre 2007).

²⁵⁰ *Ibid.*, art. 4(1).

²⁵¹ *Ibid.*, art. 4(8).

Les droits protégés comprennent la protection et la promotion des expressions culturelles qui doivent être mises en œuvre en garantissant une large participation de la société civile à l'élaboration des politiques culturelles. La coopération culturelle occupe une place primordiale dans cette problématique, notamment parce que des expressions culturelles peuvent être partagées par des groupes dispersés sur plus d'un territoire national.

Un dernier instrument, la *Convention pour la sauvegarde du patrimoine mondial immatériel*, vient compléter l'édifice construit par l'UNESCO. Nous ferons une analyse plus complète de cet instrument ultérieurement, au moment d'aborder la notion de patrimoine immatériel.

En plus des traités contraignants que nous venons de mentionner, un grand nombre de recommandations et de déclarations s'ajoutent à l'édifice normatif construit par l'UNESCO. Si ces textes sont non contraignants, certains sont néanmoins largement cités et considérés comme essentiels dans la définition de ce que sont les droits culturels. Ainsi, la *Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle*²⁵² de 2001 a une grande importance dans la mesure où on y trouve une définition de la culture. Bien que la déclaration ne soit pas un instrument juridique contraignant, elle vient toutefois préciser ce que sont les droits culturels :

[...] la culture doit être considérée comme l'ensemble des traits distinctifs spirituels et matériels, intellectuels et affectifs qui caractérisent une société ou un groupe social et qu'elle englobe, outre les arts et les lettres, les modes de vie, les façons de vivre ensemble, les systèmes de valeurs, les traditions et les croyances.²⁵³

²⁵² *Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle*, Rés. CG 31 C/25, Doc. off. CG UNESCO, 31^e sess., Doc. NU 31 C/Rés. 25 (2001).

²⁵³ *Ibid.*, 4^{ème} considérant.

La *Déclaration des principes de la coopération culturelle internationale*²⁵⁴ de 1966 rappelle l'égalité dignité des différentes cultures et l'importance de conserver la diversité de celles-ci²⁵⁵. La coopération dans le domaine culturel est présentée comme un moyen de renforcer les idéaux de paix et de respect des droits humains en plus de favoriser de meilleures relations entre les États. La *Recommandation concernant la participation et la contribution des masses populaires à la vie culturelle*²⁵⁶ apporte elle aussi une vision novatrice de ce qu'est la culture en abordant sa dimension populaire et en mettant en garde contre une définition qui ne prendrait en compte que les œuvres d'art :

[...] la culture n'est plus seulement une accumulation d'œuvres et de connaissances qu'une élite produit, recueille et conserve pour les mettre à la portée de tous, ou qu'un peuple riche en passé et en patrimoines offre à d'autres comme un modèle dont leur histoire les aurait privés; que la culture ne se limite pas à l'accès aux œuvres d'art et aux humanités, mais est tout à la fois acquisition de connaissances, exigence d'un mode de vie, besoin de communication [...] ²⁵⁷

Les droits mis de l'avant sont nombreux, incluant la participation à la vie culturelle et la démocratisation de celle-ci, ainsi que la participation à l'élaboration des politiques culturelles.

3.2 Le sous-développement des droits culturels

Même si la *DUDH* faisait déjà mention des droits culturels et bien que ceux-ci soient inclus dans le *PIDESC*, cette catégorie de droits n'a pas connu un développement suivant le même rythme que les autres droits humains. Les vingt dernières années auront permis de

²⁵⁴ *Déclaration des principes de la coopération culturelle internationale*, Rés. 14 C/Résolutions, Doc. off. CG UNESCO, 14^e sess. 168^e séance, Doc. NU CFS.67/VI.4/F (1966).

²⁵⁵ *Ibid.*, art. 1(2) et 1(3).

²⁵⁶ *Recommandation concernant la participation et la contribution des masses populaires à la vie culturelle*, Rés. 19 C/Résolutions, Doc. off. CG UNESCO, 19^e sess. 34^e séance, Doc. NU (1976).

²⁵⁷ *Ibid.*, 5^{ème} considérant (c).

combler un peu l'espace, notamment avec des initiatives comme les conventions de l'UNESCO et les différentes déclarations et recommandations adoptées par des organisations régionales.

Les droits culturels auront tout de même souffert de sous-développement durant plusieurs décennies. Beaucoup de travail reste à faire pour leur donner la légitimité que connaît le reste du corpus des droits humains. En 1992, Danilo Türk, alors Rapporteur spécial des Nations Unies sur la réalisation des droits économiques, sociaux et culturels, écrivait dans un rapport qu'il considérait les droits culturels comme recevant : " by far the least amount of serious attention. "²⁵⁸ Le Rapporteur spécial conseillait d'accorder une attention accrue à ce sujet:

The relationship of culture to people being able to live a life of dignity and self-respect is beyond any dispute. Likewise, the cultural manifestations of many additional human rights, including food and housing, are clear. Rights associated with culture require inclusion into the human rights programme of the United Nations, international development policies and global economic processes.²⁵⁹

Vingt ans plus tard, les critiques pointent toujours dans le même sens. Ainsi, selon Yvonne Donders :

The main reason why cultural rights are " slippery and difficult " is that their content and scope are unclear. Although the UN Commission on Human Rights has over recent years confirmed that cultural rights are an integral part of human rights, the category of cultural rights is, compared to civil, political, economic and social rights, conceptually and legally underdeveloped or neglected.²⁶⁰

²⁵⁸ The Realization of Economic, social and Cultural Rights, Doc. off. CES NU, 48^{ième} sess., Doc. NU E/CN.4/Sub.2/1992/16, (1992).

²⁵⁹ *Ibid.*

²⁶⁰ Yvonne Donders, " The Legal Framework of the Right to Take Part in Cultural Life " dans Yvonne Donders et Vladimir Volodin dir. *Human Rights in Education, Science and Culture: Legal Development and Challenges*, 231, à la p. 232.

L'une des raisons expliquant le sous-développement des droits culturels vient peut-être de leur catégorisation comme entité faisant partie des droits économiques, sociaux et culturels. Comme on le sait, l'article 2 du *PIDESC* définit la responsabilité des États de manière différente de l'article équivalent dans le *PIDCP*. En s'engageant à assurer le respect de leurs obligations « au maximum de [leurs] ressources disponibles, en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus dans le présent Pacte »²⁶¹ les États reconnaissaient la nature spécifique des droits économiques sociaux et culturels. La division des droits humains entre le *PIDESC* et le *PIDCP* est le résultat d'un débat qui a vu gagner les partisans d'une distinction claire entre les deux catégories :

[...] si le respect des droits civils et politiques requiert d'abord de l'État qu'il s'abstienne de certaines actions, celui des droits économiques, sociaux et culturels suppose par contre qu'il agisse, avec tous les moyens matériels, le temps et les processus que cela suppose. En outre, cette différence de nature, toujours selon ces personnes, supposait que l'on fasse aussi une distinction quant aux obligations imposées aux États eu égard à la mise en œuvre de ces droits.²⁶²

La question de l'engagement financier nécessaire à la réalisation de ces droits semblait alors être un aspect déterminant²⁶³, ce qui aura contribué à répandre l'idée que les droits économiques, sociaux et culturels étaient des droits-programme n'entraînant pas de responsabilité réelle de la part des États. Pourtant, cette interprétation a été plus d'une fois invalidée, notamment dans l'Observation générale no 3 du Comité des droits économiques,

²⁶¹ *PIDESC*, *supra* note 204, art. 2(1).

²⁶² Halina Nieč, *Les droits culturels à l'issue de la décennie mondiale du développement culturel*, Paris, UNESCO, 1997, en ligne : UNESCO <<http://unesdoc.unesco.org/images/0010/001097/109754fo.pdf>>, à la p. 3.

²⁶³ Kenneth Roth, "Defending Economic, Social and Cultural Rights: Practical Issues Faced by an International Human Rights Organization" (2004) 26 *Human Rights Quarterly*, 63, à la p.65.<http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Defending_Economic_Social_and_Cultural_Rights.pdf>.

sociaux et culturels des Nations Unies²⁶⁴, où l'on réitère qu'une certaine obligation de résultat incombe aux États :

On emploie souvent la notion de réalisation progressive pour définir l'intention sous-jacente à ce membre de phrase. C'est une façon de reconnaître le fait que le plein exercice de tous les droits économiques, sociaux et culturels ne peut généralement pas être assuré en un court laps de temps. [...] D'une part, cette clause permet de sauvegarder la souplesse nécessaire, compte tenu des réalités du monde et des difficultés que rencontre tout pays qui s'efforce d'assurer le plein exercice des droits économiques, sociaux et culturels; d'autre part, elle doit être interprétée à la lumière de l'objectif global, et à vrai dire de la raison d'être du Pacte, qui est de fixer aux Etats parties des obligations claires en ce qui concerne le plein exercice des droits en question. Ainsi, cette clause impose l'obligation d'œuvrer aussi rapidement et aussi efficacement que possible pour atteindre cet objectif.²⁶⁵

De plus, le manque de ressources financières ne permet pas aux États de ne pas œuvrer vers la réalisation progressive des droits. Ils doivent continuer à documenter le respect ou le non-respect des droits sur leur territoire, tout en mettant en place des programmes pour en faciliter la réalisation²⁶⁶.

Faire partie d'une catégorie de droits qui malheureusement furent parfois considérés comme étant moins importants (notamment par rapport aux droits sociaux et politiques) n'est pas le seul handicap auquel sont confrontés les droits culturels. Même au sein de cette catégorie ils sont constamment placés en troisième place dans l'énumération, et semblent souvent négligés face aux droits qu'ils suivent. Malgré la constante répétition de l'indivisibilité des droits humains,²⁶⁷ les droits culturels sont fréquemment mentionnés en

²⁶⁴ CDESC, *Observation générale 3, La nature des obligations des États parties (art. 2, par. 1, du Pacte)*, Doc Off CDESC NU, 5^e sess, Doc NU E/1991/23 (1990).

²⁶⁵ *Ibid.*, au paragraphe 9.

²⁶⁶ *Ibid.*

²⁶⁷ «Tous les droits de l'homme sont universels, indissociables, interdépendants et intimement liés. La communauté internationale doit traiter des droits de l'homme globalement, de manière équitable et

toute fin dans les discussions sur les droits humains et font l'objet de moins d'attention.²⁶⁸ Dans le PIDESC ils sont les derniers droits abordés et ne font pas l'objet d'une définition. Les articles scientifiques abordant les droits économiques sociaux et culturels font régulièrement économie de description de tout ce qui concerne la culture²⁶⁹.

Une autre raison pouvant expliquer le sous-développement des droits culturels peut venir de leur approfondissement assez tardif. Il faut attendre 1989 pour voir l'apparition d'un instrument juridique universel sur le sujet des droits humains (la *Convention relative aux droits de l'enfant*) abordant la question de la culture sous un angle autre que matériel. La difficulté de création d'une définition unifiée de ce qu'est la culture est donc le résultat du développement relativement récent du droit, mais aussi du fait qu'il soit dispersé à travers de nombreux instruments juridiques, autant universels que régionaux :

Cultural rights are scattered throughout a great number of instruments, both universal and regional, adopted by the United Nations, and by the Specialized Agencies. This, in the absence of any codifying treaty or declaration, opens the way for various articulations and groupings.²⁷⁰

Comme nous l'avons vu à la fin de la section précédente, l'UNESCO a fait un effort remarquable pour codifier et surtout clarifier ce que sont les droits culturels. Pourtant, on peut toutefois s'interroger sur la façon différente dont est abordée la culture par rapport aux autres droits économiques et sociaux. À titre de comparaison, il n'existe pas de conventions spécifiques sur le droit à l'alimentation ni pour le droit au logement. Pourtant, ces droits sont

équilibrée, sur un pied d'égalité et en leur accordant la même importance. S'il convient de ne pas perdre de vue l'importance des particularismes nationaux et régionaux et la diversité historique, culturelle et religieuse, il est du devoir des États, quel qu'en soit le système politique, économique et culturel, de promouvoir et de protéger tous les droits de l'homme et toutes les libertés fondamentales. » *Déclaration et Programme d'action de Vienne*, Doc off AG NU, 1993, Doc NU A/Conf. 157/23.

²⁶⁸ Symonides, *supra* note 246, à la p. 559.

²⁶⁹ Mylène Bidault, « Ce que déclarer des droits culturels veut dire » (2008) 7 *Droits fondamentaux*, en ligne : <http://www.droits-fondamentaux.org/spip.php?article150>, à la p. 7.

²⁷⁰ Symonides, *supra* note 246, à la p. 560.

largement reconnus et clairement définis, notamment grâce aux observations générales. Le domaine de l'éducation possède aussi quelques conventions, qui visent plutôt à régir certains aspects particuliers, comme la reconnaissance des diplômes et la non-discrimination. Ce droit jouit lui aussi d'un statut bien établi, et la question de la définition ne semble pas être un problème crucial. C'est donc dire que le développement des droits culturels a suivi un cheminement particulier par rapport à d'autres droits reconnus dans le PIDESC. En fait, leur reconnaissance n'a pu se faire qu'à travers des instruments juridiques particuliers, parrainés par une agence spécialisée des Nations Unies.

3.2.1 Le recensement des droits culturels et la clarification des responsabilités des États

Le développement des droits culturels s'est néanmoins accéléré dans les deux dernières décennies. La cause de ce mouvement se trouve dans la poursuite de deux objectifs qui auront permis de donner une légitimité accrue à ces droits. S'il est essentiel de renforcer les mécanismes de mise en œuvre, les droits culturels ont aussi grandement bénéficié d'un travail de recensement et d'éclaircissement qui mérite d'être décrit.

En définir le contenu est essentiel à leur développement, mais permet aussi de renforcer l'ensemble des droits humains.²⁷¹ Compte tenu de la notion d'adéquation culturelle²⁷², il est particulièrement d'important d'accomplir cette tâche afin de renforcer la compréhension de l'universalisme des droits en question et surtout de réaffirmer leur indivisibilité. Plusieurs groupes et chercheurs se sont attaqués à la question du recensement des droits culturels.²⁷³ L'UNESCO est à l'origine de certains de ces projets et cela démontre bien que les instruments juridiques de l'organisation sont importants dans l'édifice permettant de garantir ces droits, mais qu'ils ne sont pas suffisants. L'approfondissement du contenu des droits culturels était encore nécessaire.

²⁷¹ Patrice Meyer-Bisch, « Analyse des droits culturels », (2008) 7 *Droits fondamentaux* 10, <<http://www.droits-fondamentaux.org/sites/www.droits-fondamentaux.org/IMG/pdf/df7dfdcmb.pdf>>, à la p. 7.

²⁷² Groupe de Fribourg, *Déclaration de Fribourg sur les droits culturels*, en ligne : IIEDH Université de Fribourg. <<http://www.unifr.ch/iiedh/assets/files/fr-declaration10.pdf>>, art. 1.

²⁷³ Nieč, *supra* note 262, à la p. 7.

À ce niveau, l'apport le plus complet est sans doute celui du groupe de Fribourg, d'où a émergé la Déclaration du même nom. Existant depuis plus de 20 ans, ce groupe de travail et de réflexion est aujourd'hui formé de treize experts, européens et africains²⁷⁴. Ils ont proposé, le 7 mai 2007, la *Déclaration de Fribourg sur les droits culturels*, qui est le résultat de plus de 20 ans de discussion entre ces chercheurs spécialistes des droits humains. Le but des auteurs de la Déclaration est exprimé directement dans le commentaire de celle-ci :

La présente Déclaration rassemble et explicite les droits culturels qui sont déjà reconnus de façon dispersée dans de nombreux instruments. Une clarification est nécessaire pour démontrer l'importance cruciale de ces droits ainsi que l'existence de dimensions culturelles des autres droits de l'homme.²⁷⁵

Le premier aspect intéressant de ce texte concerne les définitions qu'on y trouve²⁷⁶. Aucune des conventions présentées précédemment n'avait fourni de définitions aussi satisfaisantes. La définition de la culture et de la diversité culturelle la plus proche de celle de la Déclaration de Fribourg dont nous disposions avant celle-ci était celle de la *Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle*²⁷⁷. Large, elle avait cependant le défaut de mentionner uniquement les communautés et d'évacuer le rôle de l'individu. Ce détail est crucial, car l'individu est créateur d'expressions culturelles et ultimement, le premier sujet

²⁷⁴ IIEDH, « Le groupe de Fribourg » en ligne: IIEDH Université de Fribourg. < <http://www.unifr.ch/iiedh/fr/recherches/cultural/declaration-de-fribourg1/groupe-de-fribourg> >.

²⁷⁵ Meyer-Bisch et Bidault, *supra* note 210, à la p. VII.

²⁷⁶ Déclaration de Fribourg, *supra* note 272, art.2 :

«Aux fins de la présente déclaration,

a. le terme «culture» recouvre les valeurs, les croyances, les convictions, les langues, les savoirs et les arts, les traditions, institutions et modes de vie par lesquels une personne ou un groupe exprime son humanité et les significations qu'il donne à son existence et à son développement ;

b. l'expression «identité culturelle» est comprise comme l'ensemble des références culturelles par lequel une personne, seule ou en commun, se définit, se constitue, communique et entend être reconnue dans sa dignité;

c. par «communauté culturelle», on entend un groupe de personnes qui partagent des références constitutives d'une identité culturelle commune, qu'elles entendent préserver et développer.»

²⁷⁷ *Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle*, *supra* note 252.

des droits humains. La Déclaration de Fribourg donne un sens personnaliste²⁷⁸ à la définition, ce qui permet aussi de s'éloigner de la conception essentialiste. Mettre l'accent sur l'individu et son identité nous force à accepter la nature changeante de la culture et de faire de l'évolution des pratiques une composante centrale de la façon dont nous devons aborder et réfléchir à la culture. Les communautés demeurent certes une unité d'analyse pertinente. Les droits culturels s'exerçant « seul ou en commun »²⁷⁹ offrent la liberté aux individus de s'intégrer ou pas à des communautés culturelles. Ces dernières sont des acteurs, comme le laisse d'ailleurs entendre la définition de la *Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles*, et peuvent aussi être des sujets de droit²⁸⁰.

Le texte de la Déclaration de Fribourg divise les différents droits en six thématiques dans lesquelles on retrouve tous les droits mentionnés actuellement dans les différents instruments juridiques internationaux et régionaux, soit :

- 1) Identité et patrimoine
- 2) Référence à des communautés culturelles
- 3) Accès et participation à la vie culturelle
- 4) Éducation et formation
- 5) Communication et information
- 6) Coopération culturelle

Ce travail de recensement mené par les auteurs de la Déclaration de Fribourg est essentiel, mais il est condamné à rester théorique si des efforts ne sont pas aussi investis à définir quelles sont les réelles responsabilités des États en matière de droits humains et plus spécifiquement lorsqu'il est question des droits économiques, sociaux et culturels.

²⁷⁸ Meyer-Bisch et Bidault, *supra* note 210, à la p. 32.

²⁷⁹ Déclaration de Fribourg, *supra* note 272, aux arts. 2(b), 6, 7, 8, 9(d), 11(c).

²⁸⁰ *Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles*, *supra* note 249.

Les instruments juridiques contraignants relatifs aux droits humains contiennent habituellement une section énonçant les obligations des États parties. Dans le cas du PIDESC, une Observation générale²⁸¹ a ainsi été rédigée sur le sujet. Cependant, il existe deux autres documents dont l'objectif est justement de préciser les obligations et responsabilités des États parties au Pacte. Publiés en 1987, les Principes de Limbourg²⁸² visent à définir la nature des obligations des États dans le but de faciliter la mise en œuvre du PIDESC. Suivront, en 1998, les Directives de Maastricht sur les violations des droits économiques, sociaux et culturels²⁸³.

Les obligations des États en matière de droits économiques, sociaux et culturels ne diffèrent pas fondamentalement des celles auxquelles ils s'engagent lorsqu'ils deviennent parties à des conventions sur les droits civils et politiques. Si l'indivisibilité des droits humains a dû maintes fois être affirmée, il a aussi fallu les trois documents que nous venons de mentionner pour que le principe d'obligations semblables soit accepté et compris :

[...] three different types of obligations on States: the obligations to respect, protect and fulfil. Failure to perform any one of these three obligations constitutes a violation of such rights. The obligation to respect requires States to refrain from interfering with the enjoyment of economic, social and cultural rights. [...] The obligation to protect requires States to prevent violations of such rights by third parties. [...] The obligation to fulfil requires States to take appropriate legislative, administrative, budgetary, judicial and other measures towards the full realization of such rights.²⁸⁴

²⁸¹ CDESC, *Observation générale 3*, *supra* note 264.

²⁸² "The Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights" (1987) 9 Hum. Rts. Q. 122.

²⁸³ "The Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights" (1998) 20 Hum. Rts. Q. 691.

²⁸⁴ *Ibid.*, à la p. 694.

Chacune de ces trois obligations comporte à son tour des obligations de moyens et des obligations de résultat qui, prises ensemble, garantissent l'effectivité des mesures prises par l'État :

The obligations to respect, protect and fulfil each contain elements of obligation of conduct and obligation of result. The obligation of conduct requires action reasonably calculated to realize the enjoyment of a particular right. [...] The obligation of result requires States to achieve specific targets to satisfy a detailed substantive standard.²⁸⁵

3.2.2 Les droits culturels et la prise en compte de l'identité culturelle

La présentation qui vient d'être faite des différents instruments juridiques internationaux et régionaux, ainsi que du travail d'élaboration des notions et concepts utilisés, permet de voir évoluer le concept même des droits culturels et de ce qu'ils doivent protéger. À l'origine, avec la *DUDH*, les créateurs culturels étaient les principaux bénéficiaires de la protection juridique internationale. Comme nous l'avons vu, celle-ci commence maintenant à s'étendre à des patrimoines culturels pour l'importance qu'ils revêtent pour l'humanité. Alors que considérer les systèmes juridiques comme des éléments culturels aurait été impossible en 1948, cette hypothèse devient maintenant envisageable.

Pierre Bosset a présenté une classification des exigences des droits culturels pour faciliter la compréhension du contenu de cette catégorie. La première est l'exigence de liberté de création²⁸⁶, dont nous avons déjà parlé lorsqu'il était question de la liberté d'expression nécessaire au processus de création. La seconde est l'exigence d'accès et de participation à la

²⁸⁵ *Ibid.*

²⁸⁶ Pierre Bosset, « Être nulle part et partout à la fois : réflexion sur la place des droits culturels dans la Charte des droits et libertés de la personne », dans Alain- Robert Nadeau dir., *La Charte des droits et libertés de la personne : origine, enjeux et défis*, Revue du Barreau, numéro hors série, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, 81, à la p. 4.

culture²⁸⁷, que nous avons également mentionnée et qui se retrouve dans la grande majorité des instruments juridiques de protection des droits culturels. Il peut s'agir ici d'accès physique aux infrastructures ou de représentation de la diversité culturelle, par exemple. Comme pour l'ensemble des droits humains, la base est ici la nécessité de respecter le principe de non-discrimination²⁸⁸. La troisième et dernière exigence est de nature identitaire²⁸⁹. Il nous semble intéressant de développer plus en profondeur ce troisième élément, car notion d'identité culturelle nous paraît être porteuse de développements intéressants et devrait pouvoir permettre d'établir un lien novateur entre l'accès à la justice et le respect des droits culturels.

Pour explorer cette notion, nous nous appuierons sur la conception de la culture telle que développée par le philosophe suisse Patrice Meyer-Bisch. Cet auteur prolifique, membre du groupe de Fribourg, a développé une réflexion permettant entre autres de décroiser cette catégorie de droits en liant de manière inextricable leur respect au respect des droits humains.

Pour Meyer-Bisch les droits culturels sont une dimension centrale dans l'édifice des droits humains. Dans sa conception, ceux-ci sont les droits dont tous les êtres humains sont titulaires :

en vertu de leur condition humaine, pour vivre libres et dans la dignité. Ces droits confèrent à chacun des créances morales sur le comportement des autres individus, ainsi que sur la structure des dispositifs sociaux. Ils sont universels, inaliénables et indivisibles²⁹⁰

²⁸⁷ *Ibid.*, à la p. 5.

²⁸⁸ *Ibid.*

²⁸⁹ *Ibid.*, à la p. 7.

²⁹⁰ Patrice Meyer-Bisch, « Présentation systémique des droits humains » (2002) Fribourg, IIEDH, en ligne : AIDH <<http://www.aidh.org/uni/biblio/pdf/1-1.pdf>>, à la p. 12.

Comprendre la relation entre le sujet du droit (l'individu) et l'objet du droit (l'aspect particulier de la dignité humaine à protéger)²⁹¹ permet de faire le lien entre l'individuel et le collectif. C'est le sujet individuel qui est porteur principal de la dignité humaine, mais cette dignité s'étend au-delà de sa personne vers les liens communautaires et sociaux qu'il crée. C'est la raison pour laquelle il faut protéger la participation de l'individu à la vie culturelle. Dans celle-ci se trouve un aspect de la dignité qui est parfois négligé. Le choix d'appartenir à un groupe et de partager ses pratiques culturelles est un moyen d'expression de l'identité individuelle. Il est important de comprendre cette distinction entre l'individualité du sujet et la possibilité d'une collectivisation de l'objet à protéger. La protection de l'accès et de la participation à la vie culturelle ne fait pas nécessairement des droits culturels des droits collectifs. Si les mesures de protection peuvent être de nature collective, le sujet reste strictement individuel « dans sa prétention à participer à des objets communs »²⁹². Les droits culturels ne sont donc pas différents des droits économiques, sociaux, civils ou politiques : « car tout droit personnel se réalise par un droit, une liberté et une responsabilité d'accès à un système social. »²⁹³ Dans l'objectif de sauvegarder le processus d'identification, les droits culturels sont donc des droits qui concernent l'individu qu'il soit seul ou en commun²⁹⁴.

Les droits culturels revêtent cependant une importance particulière pour Meyer-Bisch car « [...] non seulement ils garantissent l'inculturation de chaque droit de l'homme, mais ils permettent de clarifier les liens entre la personne individuelle, les communautés et les systèmes sociaux. »²⁹⁵ Ils sont la base réelle de l'universalisme de l'édifice des droits humains, en permettant la création de liens tangibles entre ses différentes composantes, mais aussi en garantissant les liens entre les individus. « À l'instar des autres droits de l'homme, un droit culturel peut être décrit comme "le plus court chemin" entre un homme pauvre et

²⁹¹ *Ibid.*, à la p. 13.

²⁹² *Ibid.*, à la p. 14.

²⁹³ Patrice Meyer-Bisch, « La valorisation de la diversité et des droits culturels » en ligne : (2008) 51 Hermès 8, en ligne :

<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:qUnhPPCKegQJ:www.midipyrenees.fr/upload/pic_midi/docs/H51-11-MeyerBisch-G.doc+LA+VALORISATION+DE+LA+DIVERSITE+C3%89+ET+DES+DROITS+CULTURELS&cd=2&hl=fr&ct=clnk>, à la p. 2.

²⁹⁴ *Ibid.*, à la p. 32.

²⁹⁵ *Ibid.*

d'autres hommes, tous ceux qui sont dans l'obligation morale et juridique de répondre à sa faiblesse. »²⁹⁶

Ce lien se crée notamment sur la base de la définition de «droit culturel» proposée par Meyer-Bisch :

Les droits culturels désignent les droits, libertés et responsabilités pour une personne, seule ou en commun, avec et pour autrui, de choisir et d'exprimer son identité; cela implique les capacités d'accéder aux références culturelles, comme à autant de ressources qui sont nécessaires à son processus d'identification.²⁹⁷

L'importance accordée au processus d'identification est ce qui rend cette définition si pertinente et importante à nos yeux, car elle nous éclaire aussi sur le rôle des droits culturels. En liant cette définition à celle de la culture que l'on retrouve dans la Déclaration de Fribourg²⁹⁸, nous sommes devant une vision unique des droits de la personne. Les droits civils et politiques servent en partie à garantir la dignité humaine dans l'espace public. Les droits économiques et sociaux préservent cette même dignité en regard aux besoins primaires de l'être humain. Mais les droits culturels servent à la construction de l'identité et sont donc inextricablement liés à la source de la dignité.

Nous avons déjà évoqué la notion d'adéquation culturelle des droits humains²⁹⁹. Celle-ci nous semble cruciale pour comprendre la place particulière des droits culturels dans l'édifice des droits humains. La nécessité de garantir l'acceptabilité culturelle du droit à l'alimentation ou au logement par exemple, en dit long sur la singularité de la notion de culture et cet exercice sert à effectuer une « extension de l'universalité vers le singulier, à l'opposé du relativisme »³⁰⁰ :

²⁹⁶ Meyer-Bisch, Patrice, *supra* note 271, à la p. 5.

²⁹⁷ Tel que cité dans Meyer-Bisch, *supra* note 293.

²⁹⁸ Déclaration de Fribourg, *supra* note 272.

²⁹⁹ Voir la section 3.1.

³⁰⁰ Meyer-Bisch, *supra* note 271, à la p. 7.

C'est une condition majeure de l'effectivité de droit : l'accès au droit doit être adapté aux conditions du milieu du sujet. La dimension culturelle de l'adéquation signifie alors le respect et la valorisation de la richesse culturelle de la personne dans son milieu : ce n'est pas une relativisation de l'universel, c'est sa mise en relation,³⁰¹

Meyer Bisch est loin d'être le seul à évoquer la notion d'identité pour définir les droits culturels. Amartya Sen insiste lui aussi sur ce concept, notamment pour nous éclairer sur la présence d'identités multiples au sein d'une seule personne³⁰². Mais le travail de Meyer-Bisch nous paraît tout particulièrement important, car son analyse de la notion d'identité permet de réfuter l'argument voulant que les droits culturels soient des droits strictement collectifs. Nous reviendrons plus en détail sur l'importance de regarder les communautés culturelles ainsi que leurs expressions comme des ensembles changeants, cependant nous pouvons immédiatement affirmer qu'il en va de la dignité même des individus de reconnaître la possibilité de changement de la culture. « Les cultures, comprises comme totalités homogènes, sont les leurres les plus dangereux, sources de toutes les discriminations, ingrédients indispensables des guerres et de la permanence des pauvretés. »³⁰³ Confiner un individu dans une définition figée est un danger duquel il faut se garder. Cette atteinte à la dignité humaine est très grave et fut la source de beaucoup de souffrances, notamment durant les différentes colonisations. Nous avons déjà donné un exemple des conséquences qu'il peut y avoir à refuser l'évolution de pratiques culturelles. C'est exactement ce qui est arrivé lors de la rédaction des coutumes. En dénaturant les droits traditionnels, en grande partie en les détachants du principe d'oralité, on a figé ce qu'ils représentaient et on leur a interdit toute possibilité de changement.

³⁰¹ *Ibid.*

³⁰² Amartya Sen, *Identity and Violence : The Illusion of Destiny*, London, Penguin, 2007 à la p. 21.

³⁰³ Meyer-Bisch, *supra* note 290, à la p. 3.

3.3 Le droit comme expression culturelle

Nous nous pencherons ici sur l'hypothèse suivant laquelle le droit – y compris sous sa forme coutumière – pourrait être considéré comme une expression culturelle digne d'être protégée par le droit international. Pour ce faire, nous élaborerons d'abord sur la notion de patrimoine immatériel ainsi que sur la possibilité que cette notion englobe les systèmes juridiques. Nous chercherons ensuite à en tirer certains enseignements pour les stratégies de développement et pour les démarches visant à faciliter l'accès à la justice.

3.3.1. Le droit, élément du patrimoine immatériel

Lors de notre recension des instruments juridiques de l'UNESCO concernant la culture, nous avons repoussé à plus tard l'analyse de l'un d'entre eux. Il est maintenant temps de revenir sur la *Convention pour la sauvegarde du patrimoine mondial immatériel*³⁰⁴. Entrée en vigueur en 2003, la Convention vise la protection d'une forme précise de la culture jusque-là peu abordée dans les conventions. Sauf lorsque l'on mentionne la langue, il est assez rare qu'une attention particulière soit accordée au patrimoine immatériel.

En premier lieu, il convient de donner une définition de ce dont il est question. L'article 2 de la Convention est très précis à ce niveau.

1. On entend par « patrimoine culturel immatériel » les pratiques, représentations, expressions, connaissances et savoir-faire - ainsi que les instruments, objets, artefacts et espaces culturels qui leur sont associés - que les communautés, les groupes et, le cas échéant, les individus reconnaissent comme faisant partie de leur patrimoine culturel. Ce patrimoine culturel immatériel, *transmis de génération en génération, est recréé en permanence* par les communautés et groupes en fonction de leur milieu, de leur interaction avec la nature et de leur histoire, et leur procure

³⁰⁴ *Convention pour la promotion du patrimoine mondial immatériel*, UNESCO, 17 octobre 2003, 2368 R.T.N.U 3 (entrée en vigueur le 20 avril 2006 Le Bénin a ratifié cette convention le 17 avril 2012).

un sentiment d'identité et de continuité, contribuant ainsi à promouvoir le respect de la diversité culturelle et la créativité humaine. Aux fins de la présente Convention, seul sera pris en considération le patrimoine culturel immatériel conforme aux instruments internationaux existants relatifs aux droits de l'homme, ainsi qu'à l'exigence du respect mutuel entre communautés, groupes et individus, et d'un développement durable.³⁰⁵

Tous les objets culturels sont susceptibles d'être à risque de destruction, cependant, le patrimoine immatériel, par sa nature orale, peut être particulièrement fragile. Il est pourtant primordial de le protéger parce qu'il permet la transmission de connaissances et de savoir-faire importants pour les communautés dans lesquels il se manifeste et contribue à la diversité culturelle.

La définition de la Convention contient deux exigences qui garantissent le dynamisme des expressions protégées. La première est la transmission. L'oralité est l'essence même de ces expressions. C'est leur mode de transmission premier et celle-ci se déroule principalement dans une dynamique intergénérationnelle. De génération en génération, des plus anciens aux plus jeunes, un patrimoine résiste à l'épreuve du temps tout d'abord en étant raconté et expliqué. La deuxième exigence est celle du dynamisme et de la recreation du patrimoine. Celui-ci doit évoluer et être réactualisé. La Convention doit se comprendre comme un outil cherchant à protéger des patrimoines vivants³⁰⁶. Cet élément représente la véritable innovation par rapport aux conventions et recommandations précédentes et se manifeste sur l'importance accordée aux processus culturels, ou aux possibilités d'évolutions des patrimoines protégés. Si la Déclaration de Fribourg va déjà en ce sens, notamment avec l'inclusion de la notion d'identité culturelle, la Convention est le premier instrument juridique contraignant à embrasser le concept des patrimoines vivants.

³⁰⁵ *Ibid.*, art. 2, (c'est nous qui soulignons).

³⁰⁶ UNESCO, *Investir dans la diversité culturelle et le dialogue interculturel*, Paris, Éditions UNESCO, 2010, à la p. 32.

Le patrimoine culturel immatériel doit donc être compris comme un objet culturel vivant à la fois traditionnel et contemporain³⁰⁷. Les pratiques peuvent changer, s'adapter et de nouvelles traditions peuvent émerger. Celles-ci doivent être inclusives³⁰⁸ : les pratiques sont propres à leur communauté culturelle d'appartenance, mais peuvent présenter des similitudes entre elles. Elles partagent toutes les mêmes caractéristiques quant à leur mode de transmission ainsi qu'un fort ancrage dans leur milieu. Elles sont intimement liées à leur environnement et à l'identité de la communauté, ce qui leur donne en plus une valeur de représentation³⁰⁹. Finalement, la communauté d'où un patrimoine émerge est la première habilitée à définir un patrimoine comme étant sien. Pour éviter de figer et de définir l'identité culturelle d'un groupe, il est primordial que les communautés soient responsables d'identifier en premier lieu ce qui fait partie de leur culture. Même si ce sont les États qui sont parties à la Convention, l'article 15 insiste sur la nécessité d'impliquer le plus largement possible la société civile dans les différentes activités de sauvegarde.

La Convention définit cinq domaines à travers lesquels se manifeste le patrimoine immatériel :

- (a) les traditions et expressions orales, y compris la langue comme vecteur du patrimoine culturel immatériel;
- (b) les arts du spectacle;
- (c) les pratiques sociales, rituels et événements festifs;
- (d) les connaissances et pratiques concernant la nature et l'univers;
- (e) les savoir-faire liés à l'artisanat traditionnel.³¹⁰

De ces cinq manifestations du patrimoine immatériel, l'une nous intéresse tout particulièrement, celle des pratiques sociales. Cette catégorie regroupe un grand nombre de pratiques variées possédant une signification et une importance sociale communes. Elles sont

³⁰⁷ *Ibid.*, à la p. 4.

³⁰⁸ *Ibid.*

³⁰⁹ *Ibid.*, à la p. 5.

³¹⁰ *Convention pour la promotion du patrimoine mondial immatériel, supra note 304, art. 2.*

intimement liées à la transmission de la mémoire d'événements passés et à la célébration du passage du temps. La documentation préparée par l'UNESCO présente plusieurs exemples de ce qui peut être considéré comme une pratique sociale :

rites culturels, rites de passage, rituels liés à la naissance, au mariage et aux funérailles, serments d'allégeance, *systèmes juridiques traditionnels*, jeux et sports traditionnels, cérémonies rituelles liées à la parenté et à l'appartenance au clan, modes d'habitat, traditions culinaires, cérémonies en rapport avec les saisons, pratiques spécifiques aux hommes ou aux femmes, pratiques liées à la chasse, à la pêche et à la cueillette, et bien d'autres encore. Elles recouvrent aussi une grande variété d'expressions et d'éléments physiques : gestuelles et formules spéciales, récitations, chants et danses, vêtements spécifiques, processions, sacrifices d'animaux, aliments particuliers.³¹¹

Nous tenons à attirer l'attention du lecteur sur l'inclusion des systèmes juridiques traditionnels dans cette énumération. En effectuant une recherche dans la liste des patrimoines déjà inscrits dans la liste de sauvegarde urgente, ainsi que dans la liste représentative il est possible de trouver quelques patrimoines immatériels de nature spécifiquement *juridique*.

Le premier de ces patrimoines est le système normatif Wayuu, dans lequel l'autorité responsable de l'application des règles (comprenant autant des normes morales que des rites et procédures encadrant la vie sociale) est le Pütchipü'üi. La communauté se situe entre la Colombie et le Venezuela et possède un ensemble de règles et de procédures lui permettant de régler pacifiquement ses différends grâce à la médiation dans le but de ramener l'harmonie dans le groupe et la réconciliation.³¹²

³¹¹ UNESCO, «Pratiques sociales, rituels et événements festifs», en ligne : UNESCO <<http://www.unesco.org/culture/ich/index.php?lg=fr&pg=00055>>, (c'est nous qui soulignons).

³¹² Comité intergouvernemental de sauvegarde du Patrimoine culturel immatériel, Dossier de candidatures no 00435 pour l'inscription sur la liste représentative du Patrimoine culturel immatériel en 2010, doc. off. 5^{ième} session, Doc. NU ITH/10/5.COM/CONF.202/7 (2010.)

En 2009, l'Espagne a fait, pour sa part, une demande pour protéger les tribunaux d'irrigants du bassin méditerranéen espagnol. Ce sont des juridictions traditionnelles, reconnues par l'État (« Conseil des bons hommes » de la plaine de Murcie, Tribunal des eaux de la plaine de Valence) qui servent à gérer l'utilisation de l'eau grâce à un processus entièrement oral.³¹³

On trouve deux entrées de nature juridique émanant spécifiquement du continent africain dans les listes de sauvegarde de la Convention et toutes deux le sont à la demande du Mali. Les cérémonies entourant la réfection du toit du Kamablon sont les premières et figurent sur la liste depuis 2009. Le Kamablon est une case sacrée utilisée comme espace de discussion politique, se trouvant dans le village de Kangaba. Sa construction date de 1653 et tous les sept ans le toit doit être refait. Cet événement donne lieu à une cérémonie où des rituels visant à prédire l'avenir de la communauté, mais aussi à en régler les conflits sont observés.³¹⁴

Le deuxième élément inscrit sur la liste à la demande du Mali est la Charte du Mandén. Au début du XIII^e siècle, Soumangourou Kanté proclamera ce serment. Chef de l'empire mandingue, Kanté (parfois orthographié Keita) est considéré comme un des fondateurs du Mali. La Charte représente l'une des plus anciennes constitutions du monde et visait à doter le territoire Mandén d'un ensemble de règles régissant les relations entre personnes, au sein de la famille et de la vie publique.³¹⁵ Ce serment présente un intérêt particulier pour toute personne intéressée par les droits humains. C'est un exemple particulièrement ancien de tentative de protection de certains droits aujourd'hui garantis dans les deux Pactes et dans des conventions internationales. À ce titre, il gagnerait à être plus connu et publicisé, notamment comme étant un exemple de l'engagement envers les droits humains à l'extérieur de l'espace

³¹³ UNESCO, «Les tribunaux d'irrigants du bassin méditerranéen espagnol : le Conseil des bons hommes de la plaine de Murcie et le Tribunal des eaux de la plaine de Valence» en ligne : UNESCO <<http://www.unesco.org/culture/ich/index.php?lg=fr&pg=00011&RL=00171>>.

³¹⁴ UNESCO, «La réfection septennale du toit du Kamablon, case sacrée de Kangaba» en ligne : UNESCO <<http://www.unesco.org/culture/ich/index.php?lg=fr&pg=00011&RL=00190>>.

³¹⁵ Comité intergouvernemental de sauvegarde du Patrimoine culturel immatériel, Dossier de candidatures no 00290 pour l'inscription sur la liste représentative du Patrimoine culturel immatériel en 2010, doc. off. 4^{ième} session, Doc. NU ITH/09/4.COM/CONF.209/13 Rev.2 (2009).

occidental. De tradition orale, la Charte du Mandén n'a pas de support écrit et est transmise de génération en génération au sein de la famille.³¹⁶ Elle est constituée d'une introduction et de sept parties ou «chapitres». Les droits qu'elle prévoit sont autant civils et politiques (interdiction de la torture et liberté d'expression) qu'économiques, sociaux et culturels (respect de la famille et de l'éducation, sécurité alimentaire et importance de la diversité culturelle). La sacralité de la vie y est inclue et se trouve à la base de l'édifice construit.³¹⁷

Ces quatre exemples d'inscriptions sur les listes de la Convention nous semblaient particulièrement frappants par leur nature juridique. Avant le développement de l'anthropologie juridique, rares étaient les spécialistes prêts à discuter du droit comme d'un objet culturel. Pourtant, cela nous semble être une interprétation toute naturelle d'un ensemble de pratiques communes à l'humanité. Même si les façons de faire diffèrent (par exemple avec l'existence de traditions juridiques multiples), le besoin de préserver l'ordre social et surtout de le rétablir quand il arrive des incidents est commun.

La *Convention pour la sauvegarde du patrimoine mondial immatériel* n'est pas le seul instrument qui permet de faire un rapprochement entre les systèmes juridiques et les expressions culturelles. D'autres documents nous fournissent une interprétation en ce sens. La *Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles* est l'un de ceux-ci. Dès les considérants du texte, on affirme l'importance de la protection des expressions culturelles traditionnelles.³¹⁸ Toujours dans les textes élaborés sous les auspices

³¹⁶ *Ibid.*, à la p. 4.

³¹⁷ Les principes qu'on y retrouve sont les suivants : « l'entente et la paix sociale dans la diversité ethnique et culturelle; l'inviolabilité de la vie humaine et la prohibition de la torture physique ou morale (ch. 1 et 2) ; l'éducation au sein de la famille par devoir de respect des parents, d'entretien des membres de la famille et d'encadrement des enfants (ch. 3); l'intégrité de la patrie et la protection de la personne humaine (ch. 4); la sécurité alimentaire (ch. 5) ; l'abolition de l'esclavage par razzia (ch. 5 et 6) ; la liberté d'expression et d'entreprise (ch. 7). », *Ibid.*

³¹⁸ «Reconnaissant que la diversité des expressions culturelles, y compris des expressions culturelles traditionnelles, est un facteur important qui permet aux individus et aux peuples d'exprimer et de partager avec d'autres leurs idées et leurs valeurs, » *Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles*, supra note 249.

de l'UNESCO, on retrouve la *Recommandation sur la sauvegarde de la culture traditionnelle et populaire*³¹⁹. La définition fournie est la suivante :

La culture traditionnelle et populaire est l'ensemble des créations émanant d'une communauté culturelle fondée sur la tradition, exprimée par un groupe ou par des individus et reconnue comme répondant aux attentes de la communauté en tant qu'expression de l'identité culturelle et sociale de celle-ci, les normes et les valeurs se transmettant oralement, par imitation ou par d'autres manières. Ses formes comprennent, entre autres, la langue, la littérature, la musique, la danse, les jeux, la mythologie, les rites, les coutumes, l'artisanat, l'architecture et d'autres arts.³²⁰

La recommandation est clairement un des jalons ayant mené à la création de la *Convention pour la sauvegarde du patrimoine mondial immatériel*. Les coutumes y sont nommées comme une forme de représentation de la culture populaire devant être protégée par des moyens ressemblant beaucoup à ceux que l'on retrouve dans la convention : inventaire, valorisation, garantie de l'accès et promotion de la diffusion.

La *Charte de la renaissance culturelle africaine*, bien que n'étant pas encore entrée en vigueur, présente plusieurs articles pertinents. Premièrement, l'article 3 rappelle l'importance du lien entre la bonne gouvernance et les patrimoines culturels³²¹ ainsi que la nécessité de « développer toutes les valeurs dynamiques du patrimoine culturel africain qui favorisent les droits de l'homme, la cohésion sociale et le développement humain »³²². La protection du patrimoine culturel immatériel devrait faire partie des obligations de l'État,³²³ mais il doit aussi reconnaître toute la place particulière des figures d'autorités traditionnelles :

³¹⁹ *Recommandation sur la sauvegarde de la culture traditionnelle et populaire*, Rés. 25 C/Résolution Doc. off. UNESCO, 25^e sess. 32^e séance, Doc. NU 25 C/Rés. (1989).

³²⁰ *Ibid.*, paragraphe A.

³²¹ « [...] renforcer le rôle du patrimoine culturel et naturel dans la promotion de la paix et de la bonne gouvernance [...] ». *Charte de la renaissance culturelle africaine*, supra note 235, art. 3(j).

³²² *Ibid.*, art. 3(k).

³²³ *Ibid.*, art. 10.

Les sages et les leaders traditionnels sont des acteurs culturels à part entière. Leur rôle et leur importance méritent une reconnaissance officielle de sorte à les intégrer dans les mécanismes modernes de résolution des conflits et dans les systèmes de dialogue interculturel.³²⁴

L'obligation de faire une place aux systèmes traditionnels de résolution des conflits ne pourrait pas être plus claire. Cette Charte est d'ailleurs la seule à aller aussi loin dans l'énoncé des mesures devant être prises par l'État. Habituellement il est plutôt question de promouvoir la connaissance de ses systèmes. Ici le dialogue interculturel amène une obligation de reconnaissance du pluralisme juridique.

Notons qu'un autre instrument juridique fournit une base assez solide pour l'inclusion des systèmes traditionnels de résolution des conflits dans une conception élargie de la culture. La *Convention 169 relative aux peuples indigènes et tribaux* de l'Organisation internationale du travail³²⁵ est un instrument majeur dans le domaine de la protection des droits des personnes autochtones. Les obligations des États y sont nombreuses et leurs droits fondamentaux doivent être pleinement garantis. Pour mettre en œuvre ces droits, l'État a l'obligation d'inclure des mesures qui vont « promouvoir la pleine réalisation des droits sociaux, économiques et culturels de ces peuples, dans le respect de leur identité sociale et culturelle, de leurs coutumes et traditions et de leurs institutions »³²⁶.

Précisons que la présence de patrimoines respectueux des droits humains ne devrait pas servir d'excuse aux États pour ne pas ratifier les différentes conventions sur les droits humains. Comme le souligne Ayton-Shenker :

The argument of cultural relativism frequently includes or leads to the assertion that traditional culture is sufficient to protect human dignity, and therefore universal

³²⁴ *Ibid.*, art. 14.

³²⁵ *Convention no. 169 relative aux peuples indigènes et tribaux*, 27 juin 1989, Organisation Internationale du Travail (OIT), 76^e session, (entrée en vigueur: 5 septembre 1991, le Bénin n'est pas partie à cette convention).

³²⁶ *Ibid.*, art. 2(b).

human rights are unnecessary. Furthermore, the argument continues, universal human rights can be intrusive and disruptive to traditional protection of human life, liberty and security. When traditional culture does effectively provide such protection, then human rights by definition would be compatible, posing no threat to the traditional culture. As such, the traditional culture can absorb and apply human rights, and the governing State should be in a better position not only to ratify, but to effectively and fully implement, the international standards. Traditional culture is not a substitute for human rights; it is a cultural context in which human rights must be established, integrated, promoted and protected. Human rights must be approached in a way that is meaningful and relevant in diverse cultural contexts.³²⁷

Entre relativisme culturel et universalisme, une voie médiane existerait ainsi. Elle passerait par la compréhension, le dialogue interculturel et la protection de la diversité culturelle. Le principe d'interculturalité présent dans la *Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles*, peut servir de base à une réflexion allant en ce sens. Ce qu'avance Ayton-Shenker à ce sujet, la capacité des cultures traditionnelles à intégrer les droits humains, reconnaît leur capacité à se réactualiser, mais doit aussi être accompagné par un effort des États en vue de reconnaître la dignité propre à ces expressions culturelles. Ils ont aussi le devoir d'aider à fournir un contexte favorisant la participation de tous les membres de la communauté à la prise de ses décisions.

3.3.2 Impact pour les stratégies de développement et pour l'accès à la justice

À la lumière de ce qui précède, l'universalisme des droits humains doit se comprendre à travers la diversité culturelle, car elle représente une « condition d'effectivité »³²⁸ et les deux

³²⁷ Diana Ayton-Shenker, " The Challenge of Human Rights and Cultural Diversity " (1995) United Nations Department of Public Information DPI/1627/HR--March, en ligne: ONU <<http://www.un.org/rights/dpi1627e.htm>>.

³²⁸ Bidault, *supra* note 269, à la p.3.

concepts peuvent s'enrichir au contact l'un de l'autre. Nous considérons qu'il faut y voir un point de départ théorique utile pour l'élaboration de stratégies de développement réellement efficaces.

L'intégration d'une dimension culturelle lors de l'élaboration des stratégies de développement est loin, actuellement, d'être une préoccupation importante des organisations internationales. Par exemple, dans le rapport sur le développement humain (RDH) publié par le PNUD en 2010 qui marque le 10e anniversaire du RDH, il n'est pas fait mention une seule fois de cette avenue. Rapidement, on évoque l'existence d'éléments pouvant amener les communautés à prendre des décisions différentes lorsqu'il est question de développement :

En raison de leur diversité, les pays, les communautés et les peuples vont privilégier certaines dimensions et certains principes plutôt que d'autres. Le développement humain est porteur de la musique de chaque culture, de ses valeurs et de ses priorités du moment, et ses nuances reflètent les choix démocratiques inclusifs.³²⁹

Cependant, aucun exemple permettant d'opérationnaliser cette idée n'est proposée dans ce rapport. Nous présentons cet aspect comme étant notre principale critique des approches visant à enrayer le problème de l'accès à la justice. Pour comprendre l'étendue du travail à accomplir pour permettre une réelle intégration d'une vision culturelle lors de la création de projets de développement, nous pouvons prendre connaissance de la façon dont l'Agence canadienne de développement international (ACDI) présente cette problématique :

Bien entendu, il importe d'être sensible aux réalités culturelles. Toutefois, respecter les autres cultures ne veut pas dire être dépourvu d'esprit critique face aux arguments faisant appel à la culture, à la tradition ou à la religion.³³⁰

³²⁹ La vraie richesse des nations, *supra* note 170, à la p. 29.

³³⁰ ACDI. «Culture, égalité entre les sexes et coopération au développement : des questions soulevées» (2001) en ligne : ACDI <<http://www.acdi-cida.gc.ca/acdi-cida/acdi-cida.nsf/fra/NAT-42574641-FTQ>>.

Le ton employé ici est caractéristique d'une certaine méfiance. Si on se défend bien de vouloir faire uniquement la promotion de valeurs occidentales, nulle part il n'est question de dialogue interculturel. Les exemples donnés de stratégies concernent seulement les façons les plus efficaces de changer un comportement ou une tradition perçus négativement d'un point de vue canadien. À nos yeux, cela ne représente nullement un réel engagement en faveur de la diversité et du dialogue interculturel.

Comme nous l'avons vu lors de la présentation de la Convention sur le patrimoine immatériel, l'autodéfinition et la reconnaissance par les communautés de ce qui constitue leur patrimoine culturel sont fondamentales. Cependant, permettre l'évolution et la réactualisation constantes des savoirs est tout aussi important. Les expressions culturelles doivent pouvoir être modifiées pour rester pertinentes pour les communautés qui les créent³³¹.

L'un des obstacles principaux à la reconnaissance de l'apport de la diversité culturelle, et à l'idée qu'elle représente une richesse pour les États et la communauté humaine, est la résistance envers la préservation des expressions culturelles paraissant néfastes. Le rempart contre un relativisme culturel trop important se trouve dans le principe que « [...] toute diversité culturelle n'est pas bonne en soi. C'est le respect des droits de l'homme, indivisibles et interdépendants, qui permet la valorisation mutuelle de tout ce que les milieux culturels contiennent de richesse et d'interprétation de l'universel. »³³² Si on joint à cela le droit de tous de participer à l'élaboration des politiques culturelles, des projets de développement pourraient être mis en place où une communauté pourrait redéfinir certaines des normes présentes dans les droits traditionnels. Un espace d'échange permettrait de faire la promotion des droits humains et de construire des ponts avec le système juridique déjà présent.

³³¹ UNESCO, Investir dans la diversité culturelle et le dialogue interculturel, *supra* note 306, à la p. 5.

³³² Meyer-Bisch, La valorisation de la diversité et des droits culturels, *supra* note 293, à la p. 1.

Parce que les droits traditionnels peuvent être considérés comme des expressions culturelles, la chance d'évoluer et de s'adapter au monde actuel devrait leur être donnée. Nous avons déjà parlé de la capacité de changement inhérente à ces systèmes juridiques et de l'effet néfaste engendré par la rédaction et la codification du patrimoine jusqu'alors uniquement transmis oralement. Si la diversité culturelle était loin d'être une préoccupation des autorités coloniales, elle s'avère cruciale aujourd'hui pour arriver au respect effectif de la dignité humaine.

Notre critique principale des différentes approches visant à améliorer l'accès à la justice était leur relative négation de la culture comme étant un facteur devant être considéré lors de la création et le financement de projets de développement. Cette erreur nous semble fondamentale et expliquer les piètres résultats obtenus. Cette volonté de ne pas vouloir considérer la culture n'est pas nouvelle dans le champ des études sur le développement³³³.

Ne pas vouloir considérer la dimension culturelle d'une problématique ni envisager des solutions basées sur la promotion d'expressions culturelles locales ne veut pas dire que cette notion est complètement évacuée. En fait, elle l'est rarement, dès que l'on veut bien considérer que la culture des pays qui « imposent » leurs stratégies de développement imprègne fortement ces stratégies. « De fait, les stratégies de développement sont fortement imprégnées de leur culture d'origine, de ce qu'on pourrait appeler la composante subconsciente du développement »³³⁴. Les organisations internationales et les bailleurs de fonds proposent régulièrement des solutions qui semblent plus adaptées à leur propre contexte politique, social, économique et culturel qu'aux ceux des pays recevant l'aide. Lorsqu'il a été question de l'approche *Rule of Law* nous avons évoqué la vision très étroite de ce que peut être un système juridique efficace. Cela est un bon exemple d'une fausse évacuation des questions culturelles.

³³³ UNESCO, Investir dans la diversité culturelle et le dialogue interculturel, *supra* note 306, à la p. 204.

³³⁴ *Ibid.*

Les initiatives qui tentent d'intégrer les questions culturelles au sein de leurs actions sur le terrain existent elles aussi et peuvent être entreprises autant par les ONG que par les organisations nationales et internationales. À titre d'exemple, citons ce projet de recherche entrepris conjointement par l'UNESCO et l'ONUSIDA visant à répertorier les initiatives intégrant une dimension culturelle lors de la lutte contre le VIH/SIDA³³⁵ ou celui de l'OMS ayant trait aux médecines traditionnelles³³⁶.

La culture devrait faire partie des préoccupations des bailleurs de fonds lorsqu'ils décident d'investir dans des projets de coopération et de développement. Les quelques initiatives visant le secteur de la justice ne devraient pas faire exceptions. Cependant, il ne faut pas négliger l'action du gouvernement du pays concerné. Dans le cas du Bénin, la situation actuelle au niveau de l'accès à la justice est le résultat du peu de soutien de la communauté internationale, mais aussi le fait de l'action ou plutôt de l'inaction de l'État béninois. Comme nous l'avons vu précédemment, l'État béninois fait très peu d'efforts pour publiciser ses lois et laisse une partie de ce travail aux ONG. Si le financement de projets de formation de parajuristes agissant comme médiateurs dans les communautés plus éloignées est un premier pas, il serait aussi intéressant que l'État participe à la revalorisation de ce patrimoine, notamment en intégrant de l'information positive sur les expériences juridiques alternatives dans les programmes scolaires.

La revalorisation de ce patrimoine ne passe pas seulement par sa modification, mais aussi par le retour d'expériences oubliées. Faire de la recherche et vulgariser ces pratiques permettrait aussi d'injecter un dynamisme nouveau grâce à des éléments qui furent déjà présents. Dans le cas du Bénin, on peut citer l'exemple de la *Kpojito*. Double du roi, cette femme possédait sa cour et ses ressources financières propres. Si son rôle n'est toujours pas très bien compris, il est certain qu'elle exerça des fonctions non seulement religieuses mais juridiques. " At least in the nineteenth century, the kpojito heard appeals in religious cases

³³⁵ UNESCO et ONUSIDA, «L'approche culturelle de la prévention et du traitement du VIH /SIDA» (2002) 10 Études et rapports, en ligne : ONU, <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001262/126289f.pdf>>.

³³⁶ OMS, Stratégie de l'OMS pour la médecine traditionnelle pour 2002- 2007 en ligne : OMS, <<http://apps.who.int/medicinedocs/pdf/s2298f/s2298f.pdf>>.

from the court of the ajaho, the minister of religion, with final appeal to the king himself." La recherche d'exemples mettant en valeur le rôle des femmes dans les systèmes traditionnels permettrait de faire accepter plus facilement le rôle qu'elles devront impérativement jouer à l'avenir.

On trouve déjà dans la Constitution béninoise le droit à la culture et à la sauvegarde des valeurs et traditions culturelles³³⁷. Pour sa part, l'article 98 évoque l'existence d'un processus d'attestation des coutumes et d'harmonisation avec les valeurs constitutionnelles. C'est donc dire qu'il existe déjà une ouverture face à celles-ci.

On peut illustrer la situation béninoise actuelle en prenant pour exemple le droit de la famille et la façon dont l'État tente de gérer les pratiques traditionnelles. Aux termes du Code des personnes et de la famille, « seul le mariage monogamique est reconnu »³³⁸ (décision qui a d'ailleurs été entérinée par la Cour Constitutionnelle)³³⁹. Pourtant, l'article 142 affirme que « [l]a dot a un caractère symbolique. »³⁴⁰ Cette différence de traitement est basée, en outre, sur l'idée que la polygamie serait une pratique discriminatoire (en effet, les femmes n'ont pas la permission selon les différentes coutumes d'être mariées plusieurs fois). La dot quant à elle n'est pas vue comme étant une pratique aussi inégalitaire, car d'un groupe culturel à un autre ce sera la famille du futur époux ou épouse qui devra faire don de cadeaux à la famille de son futur conjoint. L'attitude de l'État face à la dot est très intéressante puisqu'il n'interdit pas la pratique et réaffirme le caractère symbolique que cette coutume avait, notamment au sein de la famille traditionnelle. On pourrait y discerner une vision quelque peu contradictoire, mais nous pensons que cette disposition du Code béninois offre tout de même un bon exemple de la tendance cherchant à concilier la coutume et le droit positif. Alors que « [les] coutumes

³³⁷ Constitution de la République du Bénin, n° 90-32, du 11 décembre 1990, en ligne < http://www.gouv.bj/doc_telecharges/la_constitution.pdf >, article 10.

³³⁸ Code des personnes et de la famille, *supra* note 60, art. 143.

³³⁹ Le code fera l'objet d'une analyse par la Cour Constitutionnelle, visant à vérifier si certaines dispositions ne violeraient pas la constitution. Il en ressort que l'interdiction de la polygamie est en accord avec la Constitution, car on y retrouve le principe d'égalité entre l'homme et la femme et cette pratique y contreviendrait. Voir Stéphane Bolle, « Le code des personnes et de la famille devant la cour constitutionnelle du Bénin » (2004) 4, *Afrilez* 315 à la p. 315.

³⁴⁰ Code béninois, *supra* note 60, article 142.

cessent d'avoir force de loi en toutes matières régies par le présent code »³⁴¹ le fait que la dot conserve une certaine place en droit de la famille et qu'on insiste sur la symbolique qu'elle représente amène un certain contrepoids aux articles qui adoptent une vision résolument occidentale avec la préférence accordée à la famille-ménage et à la famille nucléaire. De plus, soulignons que la formulation de l'article abrogeant les coutumes laisse à penser que lorsque rien n'est prévu dans le Code des personnes et de la famille, il est possible de continuer à se référer au système coutumier. D'autres pays africains, notons-le, ont choisi une voie différente, notamment le Burkina Faso qui a plutôt adopté une vision plus occidentale du droit en rendant la dot illégale³⁴².

Ces exemples portent tous les deux sur le droit de la famille, car avec le droit foncier, ils furent les domaines où les résistances au processus de codification et de réforme du système juridique par les autorités françaises furent les plus longues et où le droit du colonisateur mis le plus de temps à d'imposer. C'est d'ailleurs encore le cas :

Ainsi, dans le domaine du droit de la famille, l'option fondamentale du législateur africain était d'enlever au système de parenté traditionnel le contrôle des structures politiques et sociales, juridiques et culturelles, et de promouvoir des rapports favorables aux nécessités du développement. Mais, ce même législateur est, dans son œuvre de modernisation, paralysé par des résistances : au niveau juridique, les lois sont moins suivies par les populations.³⁴³

Le processus très long ayant mené à l'adoption du Code des personnes et de la famille démontre le malaise ressenti relativement à un processus qui semble unilatéral et où la population ne semble pas avoir de forum permettant sa participation.³⁴⁴

³⁴¹ Code béninois, *supra* note 60, article 1030.

³⁴² Code des personnes et de la famille, n° AN VII oo13/FP/PRES du 16 novembre 1989, article 244 [Code burkinabè].

³⁴³ Kuyu Mwisso, *supra* note 13, à la p. 130.

³⁴⁴ Boko Nadjo, *supra* note 51.

Cette situation démontre tout l'intérêt que l'on devrait porter au pluralisme juridique. « Souvent, on observe la pratique conjointe de la règle coutumière et du droit écrit, les personnes concernées n'osent pas enfreindre le droit traditionnel tout en se voyant obligées de suivre le droit écrit »³⁴⁵. La coexistence de plusieurs règles et de plusieurs systèmes visant à les faire respecter peut être une option intéressante pour améliorer l'accès à la justice. « L'acceptation du pluralisme juridique, ainsi que l'intégration de ce principe dans les documents encadrant le fonctionnement du système juridique est un moyen de protéger les droits culturels, mais aussi d'améliorer l'accès à la justice pour tous. »³⁴⁶

Selon nous, plusieurs des raisons techniques expliquant les difficultés rencontrées dans l'accès à la justice au Bénin (voir plus haut, section 2.2.1) pourraient trouver une solution dans la reconnaissance du système traditionnel de règlement des conflits. Mais les effets seraient probablement encore plus marqués sur les indicateurs sociologiques (section 2.2.2), notamment lorsqu'il est question de la distance symbolique entre les justiciables et les institutions étatiques.

³⁴⁵ Ntampaka, *supra* note 39, à la p. 41.

³⁴⁶ Lupwishi Mbuyamba, Présentation : Cultural Indicators : Views from Africa, *International Seminar on Cultural Indicators of Human Development in Africa*, Maputo, Mars 2004 [non publiée]. Transcription disponible en ligne : <http://www.culturalrights.net/descargas/drets_culturals80.pdf>.

CONCLUSION

Notre question de départ portait sur la possibilité d'établir un lien entre l'accès à la justice et les droits culturels. Cette relation peut s'établir, comme nous l'avons vu, à travers le concept du patrimoine culturel immatériel. Nous pensons que les exemples apportés de pratiques déjà incluses sur les listes de la *Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel* permettent de considérer les systèmes juridiques comme des objets culturels.

La présentation des droits originellement africains effectuée dans la première partie visait premièrement à montrer leurs transformations, forcées mais aussi potentielles. Nous n'insisterons jamais assez sur la possibilité d'évolution et de changement inhérente à ces systèmes. Mais ce survol avait aussi pour but de démontrer l'étendue du champ des droits traditionnels. Ce ne sont pas de simples systèmes de règlement des conflits ou d'encadrement des sociétés. Ils sont basés sur des principes et des valeurs propres aux contextes où ils sont ancrés et dépassent le domaine du droit. L'aspect culturel fut bien perçu par l'anthropologie juridique, domaine d'où nous proviennent la plupart des sources citées précédemment.

Présenter les paradigmes permettant aux Occidentaux (principalement) d'aborder la question de l'accès à la justice, tout en précisant quels sont les défis particuliers auxquels fait face le Bénin, était l'objectif de la deuxième partie de notre recherche. Que les deux sujets ne semblent pas réellement connectés à ce moment de la démonstration n'est pas involontaire. Les organisations internationales et agences nationales de développement n'ont pas l'habitude de s'attarder sur les racines passées des problèmes actuels. D'où la critique que

nous formulons au début de la troisième partie sur l'absence de presque toute considération culturelle au sein des paradigmes sur l'accès à la justice.

La présentation de l'évolution des droits culturels à travers les instruments juridiques internationaux permet de voir une évolution de ce qu'est la culture : d'objets tangibles vers les patrimoines immatériels, et d'une vision élitiste à une vision plus populaire. Le droit international fait maintenant plus de place aux sujets, qu'ils soient individuels ou communautaires et surtout, à leur identité.

Pourtant, cela ne représente que le début de la réflexion. Nous n'avons pas voulu élargir davantage notre recherche, mais il nous semble assez clair, d'un point de vue conceptuel, que des liens doivent être établis entre la problématique de l'accès à la justice, les droits culturels et le pluralisme juridique³⁴⁷.

Nous souhaitons terminer en soulevant certains enjeux, qui mériteraient de recevoir plus d'attention. Notre conclusion nous amène à formuler des réserves et de nouvelles questions à propos de la coexistence des ordres juridiques, de la suprématie de la Constitution et, enfin, de l'équité entre citoyens dans l'accès à la justice.

Les degrés d'intégration des mécanismes juridiques traditionnels au sein des ordres juridiques nationaux varient en raison de plusieurs facteurs. La présence d'un système juridique inspiré de la *Common law* ou du Code civil peut avoir une influence importante sur

³⁴⁷ «A descriptive theory of legal pluralism deals with the fact that within any given field, law of various provenance may be operative. It is when in a social field more than one source of "law", more than one "legal order", is observable, that the social order of that field can be said to exhibit legal pluralism. [...] "Legal pluralism" refers to the normative heterogeneity attendant upon the fact that social action always takes place in a context of multiple, overlapping "semi-autonomous social fields", which, it may be added, is in practice a dynamic condition. » dans John Griffith, "What is Legal Pluralism" (1986) 24 J. Legal Pluralism & Unofficial L 1. Sur le pluralisme juridique en Afrique, voir Jacques Vanderlinden, *Les Systèmes Juridiques Africains*, Paris, Presses Universitaires de France, 1983, ainsi que Justice Modibo Ocran, "The Clash of Legal Cultures : The Treatment of Indigenous Law in Colonial and Post-Colonial Africa" (2006) 39 Akron L. Rev. 465.

l'intensité ou encore sur la rapidité de cette intégration³⁴⁸. Il en va de même lorsqu'on se penche sur la nature des mécanismes traditionnels. Lorsque ceux-ci sont perçus comme étant principalement de nature religieuse, ils ne bénéficient pas de la même intégration au sein des ordres juridiques nationaux, surtout en comparaison avec les mécanismes basés sur des institutions politiques :

Les mécanismes de justice informelle bénéficient de degrés inégaux d'intégration au sein de l'État. À l'extrême, ceux qui sont basés sur des institutions de chefferie sont les mieux intégrés aux structures gouvernementales. Il existe de bons exemples d'intégration de systèmes informels dans des systèmes formels dans de nombreuses parties de l'Afrique australe, dont le Botswana, le Lesotho et le Swaziland, où les cours des chefs traditionnels sont bien intégrées aux structures de pouvoir et d'autorité du gouvernement.³⁴⁹

Lorsqu'on permet la pratique du droit traditionnel, se pose alors la question de son interaction avec le système étatique, notamment la Constitution. Les droits traditionnels doivent-ils respecter les normes incluses dans la Constitution, ou doivent-ils être traités comme des entités complètement séparées? Pour le moment, le Bénin reconnaît constitutionnellement une valeur symbolique à certains éléments coutumiers, mais proclame en même temps : « [s]ont du domaine de la loi les règles concernant : [...] la procédure selon laquelle les coutumes seront constatées et mises en harmonie avec les principes fondamentaux de la Constitution [...] ». Certaines normes peuvent donc continuer à exister et

³⁴⁸ Au premier chapitre nous avons présenté la façon dont la France modifiait les droits traditionnels dans le but d'amener progressivement les colonisés à utiliser le droit civil. De plus, les structures traditionnelles de pouvoir furent rapidement confinées dans un rôle simplement symbolique. Sous la colonisation anglaise, la situation était sensiblement différente en partie à cause de la doctrine de l'*indirect rule* ou les chefs locaux servaient de liens entre l'administration coloniale et la population, ce qui a permis à ces chefs de continuer à exercer leurs fonctions plus longtemps et avec moins d'altérations. À ce sujet, on peut lire Laura Benton, *Law and Colonial Cultures : Legal Regimes in World History, 1400-1900*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, à la p. 164.

³⁴⁹ Chidi Anselm Odinkalu, « Le pluralisme et l'accomplissement de la justice en Afrique » (2005) Sénégal, Open Society Institute, en ligne : AfriMap <http://www.afriMap.org/english/images/paper/Odinkalu_Pluralism_Justice_FRfin.pdf>, à la p. 2.

à être pratiquées, ne serait-ce que parce qu'on reconnaît qu'elles sont symboliquement importantes dans leur communauté, alors que d'autres doivent être modifiées. Notons que dans d'autres pays africains, la place du droit traditionnel face à la Constitution est encore plus surprenante. Par exemple, au Zimbabwe et en Sierra Leone le droit traditionnel n'est même pas subordonné au principe constitutionnel de non-discrimination³⁵⁰.

Finalement, l'intégration des droits traditionnels au sein des ordres juridiques nationaux soulève la question du choix du forum³⁵¹ devant lequel un conflit sera traité : devant les tribunaux officiels en vertu du droit étatique, ou devant une instance traditionnelle en fonction de la coutume ? Or, tous les citoyens ne sont pas nécessairement égaux devant cette alternative. Ainsi, une personne éduquée, bien nantie et habitant dans un centre urbain, aura vraisemblablement la possibilité de choisir le forum qui lui convient le mieux, où les règles sont les plus susceptibles de lui être favorables. Au contraire, une personne vivant dans une zone éloignée et possédant peu de ressources financières ne bénéficiera pas de cette chance et sera habituellement contraint d'utiliser le système le plus à sa portée. Dans la majorité des cas, cela le contraindra à se tourner vers le système traditionnel. Le problème d'équité entre les citoyens est double. Actuellement, les personnes résidant dans les plus grandes villes (dans le cas du Bénin, principalement à Cotonou) n'ont pas facilement accès au droit traditionnel, celui-ci étant pratiqué majoritairement en zone rurale. Cela ne pose pas de problème particulier pour les habitants ayant des revenus leur permettant de faire le voyage vers le village d'origine de leur famille, mais oblige les plus démunis à se tourner vers l'État et à défrayer les frais dont nous avons déjà parlé (section 2.2.3). Les résidents des campagnes se trouvent face à la situation contraire où le droit de l'État n'est pas accessible, ne laissant que le droit traditionnel pour répondre à leurs besoins juridiques.

L'intégration des droits traditionnels n'est donc pas une panacée permettant de régler tous les problèmes d'accès à la justice. La revalorisation des structures juridiques traditionnelles ne permet pas à l'État de se décharger de sa responsabilité de rendre ses institutions et ses services les plus accessibles possible.

³⁵⁰ *Ibid.*, à la p. 4.

³⁵¹ *Ibid.*, à la p. 5.

On le voit, la reconnaissance des droits traditionnels n'est pas sans soulever, elle aussi, des questions complexes, inhérentes aux enjeux de justice (et d'accès à la justice) sous-jacents. Nous demeurons néanmoins convaincue que l'intégration des droits traditionnels au sein des ordres juridiques nationaux, en tant qu'objets culturels immatériels dignes de protection, est une voie à explorer dans l'avenir si l'on désire faciliter l'accès à la justice dans une société comme le Bénin, choisie ici pour sa capacité à illustrer la complexité de cette problématique. Plus fondamentalement encore, il nous apparaît que la reconnaissance des ordres juridiques traditionnels serait une manière novatrice de concrétiser un droit que nous avons déjà évoqué plusieurs fois, celui de participer à la vie culturelle de la communauté. L'existence d'une situation de pluralisme juridique illustre l'importance de cet aspect des droits culturels. Donner aux individus le choix de se reconnaître dans un ensemble de règles ou un autre peut participer à enrichir l'identité personnelle. Lors de notre présentation de ce que sont les droits traditionnels, nous avons aussi essayé de faire ressortir cet aspect. Se reconnaître dans un ensemble particulier de normes, c'est aussi reconnaître une certaine vision du monde ainsi qu'une conception de ce que peuvent être les relations humaines au sein de la famille et de la société.

Bibliographie

Instruments juridiques universels

- Convention concernant la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel*, 16 novembre 1972, 1037 R.T.N.U. 152.
- Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels*, 14 novembre 1970, 823 R.T.N.U. 231.
- Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille*, 18 décembre 1990, 2220 R.T.N.U. 3.
- Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, 21 décembre 1965, 660 R.T.N.U. 195.
- Convention no. 169 relative aux peuples indigènes et tribaux*, 27 juin 1989, Organisation Internationale du Travail (OIT), 76^e session.
- Convention pour la promotion du patrimoine mondial immatériel*, UNESCO, 17 octobre 2003, 2368 R.T.N.U. 3.
- Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé*, UNESCO, 4 septembre 1956, 249 R.T.N.U. 216.
- Convention relative aux droits de l'enfant*, 2 septembre 1990, 1577 R.T.N.U. 3.
- Convention relative aux droits des personnes handicapées*, 30 mars 2007, 2515 R.T.N.U. 3.
- Convention sur la protection du patrimoine culturel subaquatique*, 2 novembre 2001, 2562 R.T.N.U. 72.
- Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles*, 20 octobre 2005, 2440 R.T.N.U. 311.
- Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, 18 décembre 1979, 1249 R.T.N.U. 13.
- Convention universelle sur le droit d'auteur, avec Déclaration annexe relative à l'article XVII et Résolution concernant l'article XI 1952*, UNESCO, 27 septembre 1955, 2937 R.T.N.U. 179.
- Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés. AG 217(111), Doc. off. AG NU, 3^e sess.,

supp. n°13, Doc. NU A/810 (1948).

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 16 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171.

Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 16 décembre 1966, 993 R.T.N.U. 3.

Instruments juridiques régionaux

Charte africaine de la jeunesse, 2 juillet 2006, 2^e sess. ordinaire de l'Assemblée générale de l'UA.

Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant, 17 juillet 1990, 26^e Conférence des chefs d'État et de

gouvernement de l'OUA, OAU Doc. CAB/LEG/24.9/49.

Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples, 27 juin 1981, 1520 R.T.N.U. 268.

Charte culturelle africaine, 5 juillet 1976, 13^e sess. ordinaire de l'Assemblée générale de l'OUA.

Charte de la renaissance culturelle africaine, 24 janvier 2006, 6^e sess. ordinaire de la Conférence des chefs d'État et de gouvernement de l'UA.

Protocole à la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples relatif aux droits des femmes, 11 juillet 2003, 2^e sess ordinaire de l'Assemblée de l'UA.

Législations

Code des personnes et de la famille, n° 2002-07 du 14 juin 2004, [Code béninois].

Code des personnes et de la famille, n° AN VII oo13/FP/PRES du 16 novembre 1989, article 244 [Code burkinabè].

Constitution de la République du Bénin, n° 90-32, du 11 décembre 1990.

Loi portant organisation judiciaire en République du Bénin n° 2001-37 du 26 novembre 2001.

Loi abrogeant l'article 264 (nouveau) du code pénal et portant répression de certaines pratiques rétrogrades. n° 1987-11 du 21 octobre 1987, en ligne : Secrétariat général du Bénin < <http://sgg-benin.bj/index.php/documenttheque/lois/12-liste-chronologique-des-lois-promulguees-de-1958-a-1972?showall=1&limitstart=>> >.

Loi portant modification de certaines dispositions du Code pénal réprimant les détournements, la corruption, la concussion et autres infractions assimilées, n° 1989-03. 15 mai 1989, en ligne : Secrétariat général du Bénin < <http://sgg-benin.bj/index.php/documenttheque/lois/12-liste-chronologique-des-lois-promulguees-de-1958-a-1972?showall=1&limitstart=>> >.

Loi réprimant la corruption, la concussion et les délits assimilés (modification des articles 169, 170, 171, 174 et 177 du Code pénal), n° 1961-04, 26 janvier 1961 en ligne : Secrétariat général du Bénin < <http://sgg-benin.bj/index.php/documenttheque/lois/12-liste-chronologique-des-lois-promulguees-de-1958-a-1972?showall=1&limitstart=>> >.

Ordonnance modifiant les dispositions du Code pénal en ce qui concerne la traite des personnes et les enlèvements de mineurs n°1973-37 du 17 avril 1973.
<http://www.gouv.bj/IMG/pdf/ordonnances_de_1965_a_2002.pdf>.

Jurisprudence

Cour Constitutionnelle du Bénin, décision DCC 09-081, en ligne : CCB <http://www.cour-constitutionnelle-benin.org/doss_decisions/09081.pdf>.

Documents officiels des Nations Unies

CDESC, *Observation générale 3, La nature des obligations des États parties (art. 2, par. 1, du Pacte)*, Doc Off CDESC NU, 5e sess, Doc NU E/1991/23 (1990).

CDESC, *Observation générale 13 : Le droit à l'éducation (art. 13 du Pacte)*, Doc. Off. CES 21^{ième} sess. 1999, Doc. NU E/C.12/1999/10.

Comité des droits de l'homme, *Observation générale n° 28. : Égalité des droits entre*

hommes et femmes (Art 3) 68^e sess., 1834^e séance, Doc. NU, CCPR/C/21/Rev.1/Add.10 (2000).

Comité intergouvernemental de sauvegarde du Patrimoine culturel immatériel, Dossier de candidatures no 00290 pour l'inscription sur la liste représentative du Patrimoine culturel immatériel en 2010, doc. off. 4^{ième} session, Doc. NU ITH/09/4.COM/CONF.209/13 Rev.2 (2009).

Comité intergouvernemental de sauvegarde du Patrimoine culturel immatériel, Dossier de candidatures no 00435 pour l'inscription sur la liste représentative du Patrimoine culturel immatériel en 2010, doc. off. 5^{ième} session, Doc. NU ITH/10/5.COM/CONF.202/7 (2010).

Commission pour la démarginalisation des pauvres par le droit, *Pour une application équitable et universelle de la loi*, volume 1, New York, Nations Unies, 2008.

Commission pour la démarginalisation des pauvres par le droit et PNUD, *Étude sur l'habilitation juridique des pauvres : Accès à la justice et État de droit*, en ligne : Commission pour la démarginalisation des pauvres par le droit, PNUD < http://www.undp.org/legalempowerment/reports/National%20Consultation%20Reports/Country%20Files/6_Benin/6_3_Access_to_Justice.pdf >.

Déclaration des principes de la coopération culturelle internationale, Rés. 14 C/Résolutions, Doc. off. CG UNESCO, 14^e sess. 168^e séance, Doc. NU CFS.67/VI.4/F (1966).

Déclaration et Programme d'action de Vienne, Doc off AG NU, 1993, Doc NU A/Conf. 157/23.

Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle, Rés. CG 31 C/25, Doc. off. CG UNESCO, 31^e sess., Doc. NU 31 C/Rés. 25 (2001).

PNUD, *Rapport sur le développement humain : Durabilité et équité : Un meilleur avenir pour tous*, New-York, PNUD, 2011.

PNUD, *Rapport sur le développement humain : La vraie richesse des nations : Les chemins du développement humain*, New-York, PNUD, 2010.

Recommandation concernant la participation et la contribution des masses populaires à la vie culturelle, Rés. 19 C/Résolutions, Doc. off. CG UNESCO, 19^e sess. 34^e séance, Doc. NU (1976).

Recommandation sur la sauvegarde de la culture traditionnelle et populaire, Rés. 25

- C/Résolution Doc. off. UNESCO, 25^e sess. 32^e séance, Doc. NU 25 C/Rés. (1989).
 The Realization of Economic, social and Cultural Rights, Doc. off. CES NU, 48^{ième} sess.,
 Doc. NU E/CN.4/Sub.2/1992/16, (1992).
- UNDP, *Access to Justice : Praticice Note*, UNDP, 2005, en ligne: UNDP
 <http://www.undp.org/content/dam/aplaws/publication/en/publications/democratic-governance/dg-publications-for-website/access-to-justice-practice-note/Justice_PN_En.pdf>.
- UNDP, *Programming for Justice : Access for All. A Practitioner's Guide to a Human Rights-Based Approach to Access to Justice*, Bangkok, UNDP, 2005, en ligne: hrea
 <http://www.hrea.org/erc/Library/display_doc.php?url=http%3A%2F%2Fregionalcentrebangkok.undp.or.th%2Fpractices%2Fgovernance%2Fa2j%2Fdocs%2FProgrammmingForJustice-AccessForAll.pdf&external=N>.

Monographies et chapitres de livre

- Abregú, Martin. « The Challenges of Access to Justice » dans Rudolf Van Puymbroeck dir.,
Comprehensive Legal and Judicial Development - Towards an Agenda for a Just and Equitable Society in the 21st Century., Washington D.C., The World Bank, 2000.
- Alliot, Michel. « Ethnologique juridique » dans Jean Poirier dir., *Ethnologie générale*, Paris, Gallimard, 1968.
- Argyle, William John. *Fon of Dahomey*, Oxford, Clarendon P., 1966.
- Assmann, Jan. *Maât, l'Égypte pharaonique et l'idée de justice sociale*, Paris, Julliard, 1989.
- Bay, Edna G. *Wives of the Leopard: Gender, Politics, and Culture in the Kingdom of Dahomey*, Charlottesville, University of Virginia Press, 1998.
- Blundo, Giorgio et Olivier de Sardan. *État et corruption en Afrique : une anthropologie comparative des relations entre fonctionnaires et usagers (Bénin, Niger, Sénégal)*, Paris, Karthala, 2007.
- Brems, Eva. *Human Rights: Universality and Diversity*, The Hague, Kluwer Law International, 2001.
- Bruyas, Jean. *Les sociétés traditionnelles de l'Afrique noire*, Paris, L'Harmattan, 2001.

- Cornevin, Robert. *La République populaire du Bénin des origines dahoméennes à nos jours*, Paris, Maisonneuve et Larose, 1981.
- Cowan, Jane K., Marie-Bénédicte Dembour et Richard A. Wilson, *Culture and Rights : Anthropological Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.
- Darbon, Dominique et Jean Du Bois de Gaudusson. *La création du droit en Afrique*, Paris, Paris Karthala, 1997.
- Yvonne Donders. « The Legal Framework of the Right to Take Part in Cultural Life » dans Yvonne Donders et Vladimir Volodin dir. *Human Rights in Education, Science and Culture: Legal Development and Challenges*, Londonc, Ashgate Publishing, 2007, 231.
- Faundez, Julio. « Legal Reform in Developing and Transitional Countries. » dans Rudolf Van Puymbroeck dir., *Comprehensive Legal and Judicial Development - Towards an Agenda for a Just and Equitable Society in the 21st Century.*, Washington D.C., The World Bank, 2000, 369.
- Gonidec, P. F. *Les droits africains évolution et sources*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1968.
- Kuyu Mwissa, Camille. *À la recherche du droit africain du XXI^e siècle*, Paris, Connaissances et savoirs, 2005.
- Le Herissé, A. *L'ancien royaume de Dahomey : Mœurs, religion, histoire*, Paris, E. Larose, 1911.
- Le Roy, Étienne. *Les Africains et l'institution de la justice : entre mimétismes et métissages*, Paris, Dalloz, 2004.
- Macloed, Alex, Evelyne Dufault et Guillaume Dufour, *Relations Internationales – Théories et concepts*, Montréal, Athéna éditions, 2004.
- Maire, Victor-Louis. *Dahomey : Abomey, décembre 1893-Hyères, décembre 1903*, Besançon, imprimerie de A. Cariage, 1905, en ligne : BNF
<<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k103695v/f8.zoom.r=agonglo.langFR>>.
- Meyer-Bisch, Patrice et Mylène Bidault, *Déclarer les droits culturels : Commentaire de la Déclaration de Fribour*. Zurich, Schulthess Verlag, 2010.
- Ntampaka, Charles. *Introduction aux systèmes juridiques africains*, Namur, Presses universitaires de Namur, 2004.

- Robert, André P. *L'évolution des coutumes de l'Ouest africain et la législation française*, Paris, Édition de l'Encyclopédie d'Outre-mer, 1955.
- Rouland, Norbert. *Anthropologie juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 1988.
- Rouland, Norbert. *Anthropologie juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 1990.
- Sacco, Rodolfo. *Le droit africain : Anthropologie et droit positif*, Paris, Dalloz, 2009.
- Saliou, Kanji et Fatou Camara, *L'union matrimoniale dans la tradition des peuples noirs*, Paris, L'Harmattan, 2000.
- Sen, Amartya. *Identity and Violence: The Illusion of Destiny*, London, Penguin, 2007.
- Tempels, Placide. *La philosophie bantoue*, Paris, Présence Africaine, 1959.
- UNESCO, *Investir dans la diversité culturelle et le dialogue interculturel*, Paris, Éditions UNESCO, 2010.
- Vanderlinden, Jacques. *Anthropologie juridique*, Paris, Dalloz, 1996.
- Jacques Vanderlinden. *Les Systèmes Juridiques Africains*, Paris, Presses Universitaires de France, 1983.
- Van D. Meene, Ineke et Benjamin van Rooij. *Access to Justice and Legal Empowerment : Making the Poor Central in Legal Development Co-operation*, Leiden, Leiden University Press, 2008.

Articles

- Alliot, Michel. « La coutume dans les droits originellement africains » (1985) 7:8 Bulletin de liaison du LAJP 79.
- Allott, N. « What is to be done with African Customary Law? The experience of problems and reforms in anglophone Africa from 1950 » (1984) 28:56 J. Afr.L.56.
- Ayton-Shenker, Diana. « The Challenge of Human Rights and Cultural Diversity » (1995) United Nations Department of Public Information DPI/1627/HR--March, en ligne: ONU <<http://www.un.org/rights/dpi1627e.htm>>.
- Barendrecht, Maurits . « In Search of Microjustice: Five Basic Elements of a Dispute

- System» (2009) 2009-02 TILEC Discussion Paper, en ligne: Social Science Research Network <<http://ssrn.com/abstract=1334644>>.
- Barendrecht, Maurits et Patricia van Nispen, « Microjustice, » (2008) 2008-10 TILEC Discussion Paper, en ligne : Social Science Research Network <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1022936>.
- Bidault, Mylène, « Ce que déclarer des droits culturels veut dire » (2008) 7 Droits fondamentaux, en ligne : Droits fondamentaux <<http://www.droits-fondamentaux.org/spip.php?article150>>.
- Binder, Guyora. «Cultural Relativism and Cultural Imperialism in Human Rights Law» (1999) 5 Buff. Hum. Rts. L. Rev. 212.
- Bolle, Stéphane. «Le code des personnes et de la famille devant la cour constitutionnelle du Bénin» (2004) 4, Afrilez 315.
- Bosset, Pierre. « Être nulle part et partout à la fois : réflexion sur la place des droits culturels dans la Charte des droits et libertés de la personne », dans Alain- Robert Nadeau dir., *La Charte des droits et libertés de la personne : origine, enjeux et défis*, Revue du Barreau, numéro hors série, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007
- Brisson, Hughes. «Résistances contre le discours dominant sur les drogues : usages thérapeutiques et religieux de l'Ayahuasca dans le monde globalisé» (2012) Hors-série novembre 2012 Revue québécoise de droit international 43.
- Carother, Thomas. «The Rule-of-Law Revival » (1998) 77 *Foreign Aff.* 95.
- Donnelly, Jack. « Cultural Relativism and Universal Human Rights» (1984) Hum. Rts. Q. 400.
- Donnelly, Jack. « The Relative Universality of Human Rights » (2007) 29:2 Hum. Rts. Q. 281.
- Frémont, Jacques. « Legal Pluralism, Customary Law and Human Rights in Francophone African Countries » (2009) 40:1 Victoria University of Wellington L. Rev. 149.
- Gotlib, Frank. « Beyond Rule of Law Orthodoxy: The Legal Empowerment Alternative » (2003) 41 Carnegie Paper, en ligne: Carnegie Endowment for International Peace <<http://www.carnegieendowment.org/files/wp41.pdf>>.
- Griffith, John. « What is Legal Pluralism» (1986) 24 J. Legal Pluralism & Unofficial L 1.
- Guibault, Lucie. «Nature et portée des limitations et exceptions au droit d'auteur et aux droits

voisins au regard de leurs missions d'intérêt général en matière de transmission des connaissances : l'avenir de leur adaptation à l'environnement numérique » (2003) *e.Bulletin du droit d'auteur*, en ligne : UNESCO <http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/CLT/pdf/Copyright-eBulletin-Oct_2003_fr.pdf>.

Krever, Tor. « The Legal Turn in Late Development Theory: The Rule of Law and the World Bank's Development Model » (2011) 52 Harv. INT'L. L. J. 287.

«The Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights » (1987) 9 Hum. Rts. Q. 122.

« The Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights » (1998) 20 Hum. Rts. Q. 691.

Meyer-Bisch, Patrice. « Analyse des droits culturels », (2008) 7 *Droits fondamentaux* 10, <<http://www.droits-fondamentaux.org/sites/www.droits-fondamentaux.org/IMG/pdf/df7dfdcpm.pdf>>.

Meyer-Bisch, Patrice. « Présentation systémique des droits humains » (2002) Fribourg, IIEDH, en ligne : AIDH <<http://www.aidh.org/uni/biblio/pdf/1-1.pdf>>.

Meyer-Bisch, Patrice. « La valorisation de la diversité et des droits culturels » en ligne : (2008) 51 *Hermès* 8, en ligne : <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:qUnhPPCKegQJ:www.midipyrenees.fr/upload/pic_midi/docs/H51-11-MeyerBisch-G.doc+LA+VALORISATION+DE+LA+DIVERSITE+C3%89+ET+DES+DROITS+CULTURELS&cd=2&hl=fr&ct=clnk>.

Modibo Ocran, Justice. «The Clash of Legal Cultures : The Treatment of Indigenous Law in Colonial and Post-Colonial Africa» (2006) 39 *Akron L. Rev.* 465.

Nieč, Halina. *Les droits culturels à l'issue de la décennie mondiale du développement culturel*, Paris, UNESCO, 1997, en ligne : UNESCO <<http://unesdoc.unesco.org/images/0010/001097/109754fo.pdf>>.

Panikkar, R. « Is the Notion of Human Rights a Western Concept? » (1982) 30 *Diogenes* 75.

Parlevliet, Jante, Johannes Jütting et Theodora Xenogiani, « Peut-on maîtriser l'emploi informel » (2008) 56 *Repères*, en ligne Centre de développement de l'OCDE <<http://www.oecd.org/dataoecd/5/52/40052929.pdf>>.

- Roth, Kenneth. « Defending Economic, Social and Cultural Rights: Practical Issues Faced by an International Human Rights Organization » (2004) 26 *Hum. Rts. Q.*, 63, à la p. 65. <http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Defending_Economic_Social_and_Cultural_Rights.pdf>.
- Rouland, Norbert. « Les colonisations juridique de l'Arctique à l'Afrique noire » (1990) 29 *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 55.
- Shestack, J. « The Philosophic Foundations of Human Rights » (1998) 20:2 *Hum. Rts. Q.* 201.
- Symonides, Janusz. « Cultural Rights, a Neglected category of human rights » (1998) 50:158 *International Social Science Journal* 559.
- Tidjani Alou, Mahaman. « La corruption dans la justice au Bénin, au Niger et au Sénégal » (2005) 39 *Études et travaux du Laboratoire d'études et recherches sur les dynamiques sociales et le développement local*, en ligne : LASDEL <<http://www.lasdel.net/spip/IMG/127.pdf>>.
- Upham, Frank. « Mythmaking in the Rule of Law Orthodoxy » (2002), 30 *Carnegie Paper*, en ligne: Carnegie Endowment for International Peace <<http://www.carnegieendowment.org/files/wp30.pdf>>.
- Van Rooij, Benjamin. « Bringing Justice to the Poor – Bottom-up Legal Development Cooperation » (2012) 7 *Hague Journal on the Rule of Law* 286.
- Yasuaki, Onuma. « Towards an Intercivilizational Approach to Human Rights For Universalization of Human Rights through Overcoming of a Westcentric Notion of Human Rights » (1997) 7 *Asian Y.B. Int'l L.* 21.

Autres

- ACDI. « Culture, égalité entre les sexes et coopération au développement : des questions soulevées » (2001) en ligne : ACDI <<http://www.acdi-cida.gc.ca/acdi-cida/acdi-cida.nsf/fra/NAT-42574641-FTQ>>.
- Ahonagnon Gbaguidi, Noel et William Kodjoh-Kpakpassou, « Introduction au Système

juridique et judiciaire du Bénin » (Mars, Avril 2007), en ligne : New-York University School of Law, GlobaLex < <http://www.nyulawglobal.org/globalex/BENIN.htm> >.

Boko Nadjo, Geneviève. Présentation : Le code des personnes et de la famille béninois, Forum des ONG, Addis Abeba, octobre 2004 [non publiée]. Transcription disponible en ligne : < www.wildaf-ao.org/fr/IMG/doc/Boko_Nadjo_FR.doc >.

Chrétien-Vernicos, Geneviève. « Les droits originellement africains » Cours d'histoire du Droit, Université Paris 8-Vincennes, en ligne : DHDI <<http://www.dhdi.free.fr/cours/histdroit/index.htm>>.

Commission on Legal Empowerment of the Poor, "Working Group 1: Access to Justice and Rule of Law", autrefois en ligne (consulté le 18-08-2012), dossiers de l'auteure.

Djiwann, Hippolyte . «Me Hortense Bankolé : L'huissier de justice participe à la sécurité des échanges économique» en ligne : EconomieBenin <http://www.economiebenin.org/index.php?option=com_content&view=article&id=676:me-hortense-bankole--llhuissier-de-justice-participe-a-la-securite-des-echanges-economiquesr&catid=143&Itemid=125>.

Djogbenou, Joseph. «Bénin : Le secteur de la justice et l'État de droit» (2010) Sénégal, Open Society Institute, en ligne : AfriMap <http://www.afriMap.org/english/images/report/AfriMAP_Benin_Justice_Principal.pdf>.

ILA – Microjustice for All, *Microjustice Handbook : Initial Experiences & Best Practices in Bolivia, Peru and Croatia/Serbia*, The Hague, ILA-Microjustice for All, 2009, en ligne: ILA <http://microjustice4all.org/handbook.pdf>.

Institut national de la statistique et de l'analyse économique de la République du Bénin. « Tableau de bord social 2008-Profiles socio-économiques et indicateurs de développement» en ligne : INSAE <http://www.insae-bj.org/2012/doc/Tableaubord/Tableau%20de%20Bord%20Social%20edition%202008_doc_final.pdf>.

Fédération internationale des Ligues de Droits de l'Homme, « La justice au Bénin : corruption et arbitraire» (2004) en ligne : FIDH <<http://www.fidh.org/IMG/pdf/benin394fr-2.pdf>>.

- Fonds Européen de Développement « Bénin : profil Gouvernance » (2009) en ligne : FED <
http://eeas.europa.eu/delegations/benin/documents/eu_benin/profil_gouvernance_fr.pdf>.
- Fond monétaire international, « Afrique subsaharienne : Résilience et risques » (2010) en
 ligne : FMI <<http://www.imf.org/external/french/pubs/ft/reo/2010/afr/sreo1010f.pdf>>.
- Groupe de Fribourg, *Déclaration de Fribourg sur les droits culturels*, en ligne : IIEDH
 Université de Fribourg. <<http://www.unifr.ch/iiedh/assets/files/fr-declaration10.pdf>>.
- IIEDH, « Le groupe de Fribourg » en ligne: IIEDH Université de Fribourg. <
<http://www.unifr.ch/iiedh/fr/recherches/cultural/declaration-de-fribourg1/groupe-de-fribourg>>.
- Kanté, Souleye. Le secteur informel en Afrique subsaharienne francophone : vers la
 promotion d'un travail décent» (2001) en ligne, Bureau international du travail
 <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/documents/publication/wcms_122219.pdf>.
- Kingbêwé, Yao Hervé. « Dégradation de la voie Sèhouè-Bohicon: une véritable source
 d'insécurité » *La nouvelle tribune* (9 octobre 2012) en ligne : La nouvelle tribune
 <<http://www.lanouvelletribune.info>>.
- Microcredit Summit Campaign, « About us » en ligne : MSC
 <http://www.microcreditsummit.org/about/about_the_microcredit_summit_campaign/>.
- Mukhopadhyay, Maitrayee et S. Quintero. *Gender and Access to Justice in Sub-Saharan African*, Amsterdam, KIT and CALS, 2008, en ligne : KIT <
http://www.kit.nl/net/KIT_Publicaties_output/ShowFile2.aspx?e=1530>
- Mbuyamba, Lupwishi. Présentation : Cultural Indicators : Views from Africa, *International Seminar on Cultural Indicators of Human Development in Africa*, Maputo, Mars 2004 [non publiée]. Transcription disponible en ligne :
 <http://www.culturalrights.net/descargas/drets_culturals80.pdf>.
- Reforming Family Law: Key to Rights in West Africa, en ligne: The Danish Institute for <
 HumanRights<<http://www.humanrights.dk/news/reforming+family+law+key+to+rights+in+west+africa>>.
- Statistiques sur le Barreau et les avocats, en ligne : Barreau du Québec

<<http://www.barreau.qc.ca/fr/barreau/donnees/index.html>>.

Tchogbé, Joël M. « Sept (7) malfrats abattus à Kpahou » (3 octobre 2012) en ligne : la nouvelle tribune <<http://www.lanouvelletribune.info>>.

Transparency International, Corruption Perceptions Index 2012 Results, en ligne :

Transparency International <<http://www.transparency.org/cpi2012/results>>.

OMS. Stratégie de l'OMS pour la médecine traditionnelle pour 2002- 2007 en ligne : OMS,

<<http://apps.who.int/medicinedocs/pdf/s2298f/s2298f.pdf>>.

UNESCO, «À propos de l'UNESCO» en ligne: UNESCO

<<http://www.unesco.org/new/fr/unesco/about-us/who-we-are/introducing-unesco/>>.

UNESCO «La convention du patrimoine mondial» en ligne : UNESCO

<<http://whc.unesco.org/fr/convention/#Bref-historique>>.

UNESCO et ONUSIDA. «L'approche culturelle de la prévention et du traitement du

VIH /SIDA» (2002) 10 Études et rapports, en ligne : ONU,

<<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001262/126289f.pdf>>.

UNESCO, «La réfection septennale du toit du Kamablon, case sacrée de Kangaba» en ligne : UNESCO

<<http://www.unesco.org/culture/ich/index.php?lg=fr&pg=00011&RL=00190>>.

UNESCO, «Les tribunaux d'irrigants du bassin méditerranéen espagnol : le Conseil des bons hommes de la plaine de Murcie et le Tribunal des eaux de la plaine de Valence» en ligne : UNESCO<<http://www.unesco.org/culture/ich/index.php?lg=fr&pg=00011&RL=00171>>.

UNESCO, «Pratiques sociales, rituels et événements festifs», en ligne : UNESCO

<<http://www.unesco.org/culture/ich/index.php?lg=fr&pg=00055>>.

U.S. Central Intelligence Agency, The World Factbook, en ligne : FBI

<<https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/bn.html>>.

Vincent, Fernand. « Le micro-crédit est-il un instrument de développement? » (2000) 4 Associations Transnationales 201.

World Bank Legal Vice Presidency, Initiatives in Legal and Judicial Reform (2004) en ligne :

WorldBank<<http://www->

wds.worldbank.org/servlet/WDSCContentServer/WDSP/IB/2004/03/01/000012009_20040301142827/Rendered/PDF/250820040Edition.pdf>.